

論  
説

二〇世紀以降の土地利用規制における規制的収用法理

中村 孝一郎

はじめに

第一章 二〇世紀初頭前後の規制的収用法理

第一節 概観

第二節 小括

第二章 二〇世紀後期以降の規制的収用法理

第一節 萌芽

第二節 消極主義化

第三節 積極主義化

第四節 再消極主義化

第五節 小括

第三章 考察

第一節 裁判官の構成とその変化

第二節 土地利用規制における  
規制的収用法理の現在

——実体的なテストの内容——

第三節 検討

むすびにかえて

## はじめに

アメリカ建国時、建国の父たちは議会への信頼とそれへの不信とのバランスの上にとどのような政府を作り上げるか苦心を重ねた。合衆国憲法修正五条の公用収用条項はそんな苦心の中から生まれた条文であつた。<sup>(1)</sup>しかしその苦心が憲法制定によつて解決されたかといえはそれはそうではなかつた。一般民衆が平等に参加する民主主義的な政治権力の行使において、本来的に個々人の権利であり民主的な手続をもつてしても個々人の責任に帰されることなく奪われてしまつてはならない財産権は、常に脅威にさらされてきたといえよう。

もちろんそれを最終的に護るのは司法審査権を有する裁判所である。裁判所は個々人が持つ既存の財産権を護るべく司法権を行使したが、社会の発展の中でそれを控えざるを得なくなつていつた。それは静的財産権観から動的財産権観への財産権観の変化であつたと説明することができる。<sup>(2)</sup>しかし一九世紀末から二〇世紀初めにかけて裁判所は再び財産権の保護に乗り出す。ここでは「諸権利の束」という財産権概念がたてられ、財産権の規制はその束のうちの一つの財産権を奪うものだという理論構成が採られた。<sup>(3)</sup>

しかしこれではすべての財産権規制に対して政府が補償を支払わなければならない。そこで、補償が必要な収用とみなされる規制と補償が不要なポリスパワーの行使とみなされる規制を区別するための理論が必要とされるようになった。これが規制的収用法理である。本稿では二〇世紀初頭前後に財産権の保護に乗り出した裁判所がその後、どのような態度をとるようになったのかを土地利用規制を例に出して概観していきたい。<sup>(4)</sup>

## 第一章 二〇世紀初頭前後の規制的収用法理

ここでは規制的収用法理が生まれた当初の議論を連邦最高裁を中心に概観する<sup>(5)</sup>。

### 第一節 概 観

収用条項によつて現実の財産の没収以外の財産権侵害を救済する皮切りとなつた判決は何よりも *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1871) である。本件は、法律に基づいてダム建設が行われたところ河川を流れる水がせき止められて、その結果としてダム内ではない原告の土地が冠水してしまつたために原告がダム建設をした被告に対して補償を求めたものである。そこで連邦最高裁は次のように判示した。

憲法条項の下では土地が完全に取り上げられる必要はない。本件のような水流の変更に關する水車所有者の権利の問題すなわち水車法の問題は収用の問題として扱われるべきものである。従来、このような水車法に關わる問題は収用の問題として扱われてきたという歴史もある。かくして、實際に土地を水などその他の物質によつてその土地の有用性を効果的に破壊しもしくは侵害したとすれば、それは憲法的意味においては収用なのである。

ここで連邦最高裁は「物理的侵害」テストと呼ばれるテストを採用し適用した。連邦最高裁自身は水車法に關わる問題は収用の問題として扱われてきたというが、むしろそれは水の利用に關する河川付近の土地所有者間の單なる利害調整問題として取り扱われてきたという方が正確である<sup>(6)</sup>。しかし本判決においてこの問題を、「物理的侵害」

が問題となるということを重視することによつて、土地の利用権に關係する収用の問題として裁判所が考察していくべきことを示したといえる。<sup>(7)</sup>

もう一つのリーディング・ケースとして *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) をあげることができる。本件においては物理的侵害は全く關係がない。本件は禁酒法の制定によつて、禁酒法制定前に建設されていたビール工場によるビールの製造が禁止されたために工場所有者の工場のビール工場としての利用権侵害がなされビール工場の価値が低下したことが争われた。本件において連邦最高裁は次のように判示した。

本件は公用収用権限に関わらない原則によつて支配されなければならない。有効な立法によつて共同体の健康や道徳、安全に有害となると宣言された目的のために財産権を利用することを單純に禁止することは、いかなる正当な意味においても、公共の利益のための財産権の収用や没収とは考えられ得ない。個々人は、財産権の有害な利用によつて共同体に害を与えるということを許されていない。

ここで連邦最高裁は「有害な利用」テストと呼ばれるテストを採用し適用した。英米法にはニューサンス法理といふ古くから培われた議論があり、その一環での議論ということもあつて、学説からも相当な支持を受けた。<sup>(8)</sup> とはいへ、ここでは単なる一定の利用禁止が問題とされたに過ぎない。本件においてはポリスパワーの行使であるとして補償は認められなかったが、これが収用成否が問題となる事件として争われ議論されたこと自体に大きな意味があつたと見るべきであろう。

その後、*City of Chicago v. Taylor*, 125 U.S. 161 (1888) においては機関車の煤煙による土地享受の妨害や隣接道路の利用妨害、波止場へのアクセス妨害に対して補償が認められ、*United States v. Alexander*, 148 U.S. 181 (1893) ではトンネル建設によつて井戸の利用が不可能となつたことに補償が認められた。*Pumpelly v. Green Bay Co.* で示された物理的侵害テストが水流の問題を超えて適用されるテストであるということが示されたといえる。また

住居地区指定を受けたために煉瓦工場の運営が禁止されたことが争われた *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915) などいくつかの事例で有害な利用テストが確認され、ポリスパワーの行使として補償が否定された。<sup>(17)</sup>

さらなるリーディング・ケースとして *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) をあげることができよう。当時、地下の石炭採掘権が留保された状態で地表の土地所有権の売買が行われており、地表に住居等の建造物があってもその地下の石炭が採掘されることがあった。しかし州は地表の建造物や道路等を害する陥没を起こす危険性のある採掘をすべて禁止する州法を成立させた。本件はこの州法に基づいて地下の石炭採掘の差止めが求められた事例である。本件において連邦最高裁は以下のように判示した。

政府は支払い *paying* なしにすべての価値減少を伴う一般法の改正をしてはいけなわけではないが、それには限界があり、その限界を決定する際に考慮されるのは価値の減少の程度である。価値減少は、それがある規模に達するとすべての場合ではないがほとんどの場合、公用取用権限の行使でなければならず、その法律を維持するためには補償をしなければならない。少なくとも一般的なルールは、財産権はある程度までは規制されてもよいが規制が行き過ぎると取用として理解されるだろうというものである。これは程度の問題である。公共の状態を改善する強い公衆の願望も、変化のための支払いという憲法的道のりを省略した様式によつてその願望を達成するための正当な理由として十分なものではないのだ、ということをおぼろげに我々は直面しているのだ。

ここで連邦最高裁は「価値減少」テストを提唱したといえる。様々な土地利用規制についてそれが行われた結果として価値減少が一定程度以上起これば、すべての場合ではないがほとんどの場合、その規制は取用だとみなされなければならない補償が憲法的に要求されるというのであった。この判例は何の前触れもなく出されたわけではない。土地利用規制以外の分野ではこれに類する議論が先例の中で展開されていた。<sup>(18)</sup> 本件は、それが土地利用規制が争われた事例においても問題となることを明確に示した判決であったといえよう。

その後、*Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926) においてゾーニングの合憲性が争われた<sup>(12)</sup>。本件は、単純化していえば、村内をいくつかのゾーンに分けて居住ゾーンとされた区域から商業ゾーンや工業ゾーンなどを分け、居住ゾーンでは商工業を行うことを禁じた条例によって土地利用を制限されることになった原告が条例の執行差止を求めた訴訟であった。本件において連邦最高裁はニューサンスの法理の重要性を強調した。そしてニューサンスは納屋のまわりの空き地の代わりに談話室の中の豚のように、単に間違った場所の中にある正しい物でもあり得、ニューサンスとはそのものの自体のみの問題であるということではなく、そのものが何らの害悪のあるものではなくても周囲との関係でニューサンスになり得る場合があるとしてニューサンスの成否を相対的に決定するとしたのであった。

またさらにその後の *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272 (1928) では、近隣のリング園に伝染する危険性のあるサビ病の伝染を防ぐために、サビ病の原因となるスギのあるスギ林の所有者にスギを除去するよう命じたことが取用ではないかと争われた<sup>(13)</sup>。本件において連邦最高裁は「州は、危険なほどに近くにある、あるグループの財産の維持と他のグループの財産の維持との間の選択をする必要」に迫られる場合があり、そのような選択に際して「州は立法府の判断において公衆により大きな価値がある財産権を守るためにもう一方の財産権を破壊することを決定しても、州の憲法的な権限を超えることはない」とした。そして「公衆の利益が含まれているときに個人の財産権の利益を超えて公衆の利益を優先させることは財産権に影響を与えるポリスパワーのすべての行使の特徴的な性格の一つである」とした。さらにサビ病に伝染した「スギがコモンロー上ニューサンスであるかどうか、またそのように法律によって宣言されてもよいかどうかを慎重に検討する必要は」なく、「ここでのように選択が不可避である場合にはポリスパワーの行使は不合理ではない社会政策の考えに支配されていれば」違憲とはいえないし、また「ここでの財産権への侵害は深刻でも公的でもない」とした。政府によって否定された財産権やその行使がニューサン

スであるかどうかや有害でなかった場合であつても収用が成立せず補償がなされないこともあり得るとされたのだつた。

## 第二節 小 括

一九世紀後期から二〇世紀前期にかけてこのようにして規制的収用法理が連邦最高裁で議論され、いくつもの判決が下された。そこで定式化されたのは大きく分けて三つのテストであると考えられている。

一は *Pumpelly v. Green Bay Co.* を代表とする物理的侵害テストである。合衆国憲法修正五条は「何人も、正当な補償なしに、私有財産を公共のために収用されない」と述べている。ここで「収用されない」と訳した原語は“take”である。「収用されない」というよりも「取り上げられない」と訳した方が言葉の本来の意味からすると正確かつ明確であろう。しかし一九世紀の終わり頃から政府の権限が増大するにつれて、実際に土地を取り上げるといふのは違う規制が増大してきたことから、文字通りの理解のみで救済をしていたのでは財産権の効果的な保護がなされなくなつてきてしまつた。<sup>(14)</sup> そのような事情も手伝つて財産権観に変化が現れ始めたのである。<sup>(15)</sup> 物理的侵害テストはそのような財産権観の変化の始まりであつたといえよう。<sup>(16)</sup>

しかし合衆国において産業社会化が進行していくにつれて物理的な財産権侵害以外の財産権侵害が深刻化してき、物理的侵害テストでは対応できない事例が数多く出てきたのである。物理的侵害テストはまさに「物理的」侵害テストであるが故に財産権についての physical な捉え方の強いテストであつたため、財産権観が変化する中ではこれは乗り越えられるべきものであつた。<sup>(18)</sup> また物それ自体のみを念頭におく財産権観を採らないのであれば、物理的な侵害による損害と非物理的な侵害による損害とを区別する理由もないはずであつた。<sup>(19)</sup> 実際、後にこのテストに

つては学説上、「言葉の遊戲」でしかないとか、「権原を取得していないからといって」補償支払いの義務を免れないはずである、<sup>(20)</sup>「明らかに補償される場合を示すための便宜」に過ぎず補償の要否を決定する基準とはなり得ない、<sup>(21)</sup>等、強い批判をあびた。

またもう一つは *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) を代表とする有害な利用テストである。古典的なニューサンスの議論と共通するものであり、これを支持する学説は当初から非常に有力であった。<sup>(22)</sup> また、その後の学説でもこのテストの妥当性を主張する見解が有力に示されてきた。<sup>(23)</sup>

とはいえ、このテストにも問題はあった。そもそも「有害」の意味が不明確なのである。<sup>(24)</sup> それについてはこれを支持する見解も気づいており、「有害」の意味を拡大した上でこれを支持するなど、修正をはかりながらこのテストの維持を支持する見解も出てきていた。<sup>(26)</sup> しかしこのテストを支持する見解の様々な努力にもかかわらず、やはり「有害」の不明確性はこのテストにとつて致命的なものといえよう。しかる *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*

において、ニューサンスは納屋のまわりの空き地の代わりに談話室の中の豚のように、単に間違つた場所の中にある正しい物でもあり得、ニューサンスとはそのものの自体のみの問題であるということではなく、そのもの自体が何らの害悪のあるものではなくても周囲との関係でニューサンスになり得る場合があるとしたことからすれば、「有害」の概念はどこまでも拡大する危険性を有している。<sup>(27)</sup> また *Miller v. Schoene* のような「危険なほどに近くにある、あるグループの財産の維持と他のグループの財産の維持との間の選択をする」という場合に「公衆により大きな価値がある財産権を守るためにもう一方の財産権を破壊することを決定」するというのは決してある財産が「有害」だから規制を行うという議論ではない。このことは有害な利用テストが必ずしも補償の要否を決定する強い基準としては適切なものと言ひ難いということを示しているといえよう。このテストの難点を指摘する見解もやはりそれをこそ問題にしているように思われる。<sup>(28)</sup>



二〇世紀初頭前後で成立した規制的収用法理を形成するさらなるテストとして、*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* で示された価値減少テストをあげることができる。この判決で法廷意見を執筆した裁判官ホームズは、補償の要否すなわち公用収用権限の行使とポリスパワーの行使とを「程度の問題」と捉えた。このテストは物理的な利用妨害などを問題にすることなく、規制がその土地に対して「価値の減少」という形で影響を与えたときに補償の要否を問題にするものであり、「物」自体のみに着目することなく財産権を考えていく必要性の高い産業社会における財産権観を反映したものであるといえる。その意味でまさに当時の社会の流れに適切に対応していくことを可能とする高い意義を有したテストであったといえよう。

しかしこのテストには他の二つのテスト同様、問題があり、批判が巻き起こった。このテストでおそらくすぐに浮かぶ批判は、価値減少の「程度」がどれくらいであれば収用となるのか、というものであろう。<sup>(29)</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* において「価値減少は、それがあある規模に達するとすべての場合ではないがほとんどの場合」補償を要するとしている。ただそれがどの「程度」であるのかが明らかにしなければテストとしては利用できない<sup>(30)</sup>。またそもそも価値減少の程度が大きいということから自動的に補償が認められるわけではない。*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* において「すべての場合ではないが」という限定がついていることにも注意をする必要がある。学説上も、「侵害の程度が極度に大きくなる」ということが「補償の請求」が「切迫したものになる」とはいえてもそれが補償の「決め手」となるかは別問題だとしている。それが決め手として問題にならないのは典型的にはニューサンスが問題となるような事例においてであろう。<sup>(31)</sup> さらに、「価値減少」を問うにあたって何と何の価値を比べるのかという問題も指摘された。*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* では石炭探掘権の価値減少が問題とされたが必ずしもそれが基準になるものでもない。後にこれは分母問題として議論され<sup>(32)</sup>、現在もなお問題とされ続けている<sup>(33)</sup>。<sup>(34)</sup>

さらにこれらの諸テストに対する批判に加えて、このような諸テストが併存していることもまた批判の対象となった。規制の収用法理は「つぎはぎだらけの布きれ」とまで評されたのであった。

## 第二章 二〇世紀後期以降の規制の収用法理

一九三〇年代以降、連邦最高裁において規制の収用法理は、とりわけ土地利用規制の分野において、ごく少数の例外を除けばほとんど判決が下されなくなった。<sup>(35)</sup>しかしその後、一九七八年に Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978) が下されて以降、規制の収用法理は再び連邦最高裁で議論されるようになっていく。<sup>(36)</sup>本章ではその後の規制の収用法理が用いられた判例を概観していく。

### 第一節 萌芽

規制の収用法理復活の萌芽として何よりも Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978) をあげることが正当である。ニューヨーク市は歴史的建造物保存条例を制定し、歴史的建造物やその近隣についてその歴史性を破壊したり基本的に変更したりするような軽率な決定からそれらを保護することにし、そのような歴史的建造物や歴史的地区に指定された場合には、土地所有者は建物の外観を良好な状態に保たなければならない、外観の変更には事前に承認を受けなければならないとされた。本件は所有する建物がこの歴史的建造物保存条例に基づいて歴史的建造物として指定されたため、その建物を建て直す許可が下りなかった原告によつて

本件条例が収用にあたり、補償なしの収用として違憲無効であると主張された訴訟であった。<sup>(37)</sup> 本件において特徴的なのは、ゾーニング条例が、条例が定める基準以下の高さで建築物を維持していればその差に応じて他の土地で条例が定める基準を超える建築物の建設を認めるとしていた点であった。<sup>(38)</sup>

連邦最高裁は本件において考察すべき問題は、① ニューヨーク市の条例によつて課されている原告の建物のある場所の開発に対する制限が「収用」にあたるか ② もしこれが収用にあたるとすれば原告に与えられている移転し得る開発権は修正五条にいうところの「正当な補償」といえるか、の二つであるとした。その上で次のような一般論を展開する。

Armstrong v. United States, 364 U.S. 40 (1960) においていわれているように、「修正五条の保護は、すべての公正と正義において全体として公衆によつて負われるべき公的負担がある人々にだけ政府が強いることを禁止するよう」にデザインされている。<sup>(39)</sup>「これがまさに収用条項の目的といえる。この判断をするためのいかなる「公式 set formula」も発展させてこなかった。必然的に個別的で事実集約的な問いに従事しなければならないが、当裁判所は一定の重要ないくつかのファクターを特定化してきた。一つは規制の経済的なインパクトであり、特に一つは明確な投資に裏付けられた期待に規制が干渉している程度である。<sup>(39)</sup>そして政府の行為の性質も重要な要素である。「政府行為の性質」については、政府による「財産権への干渉が公共善を促進するために経済生活の諸利害を調整するような公的プログラムから生じる場合よりも、政府による物理的な侵害として性格づけられ得るときの方がより収用が見いだされやすい。」<sup>(40)</sup>

このように一般論として、収用条項の目的と一定の公式による判断ではなく、① 経済的インパクト ② 合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度 ③ 政府行為の性質の三つのファクターを考慮することによる判断の重要性を示唆した。その上でさらに財産権規制に関する一般論および本件条例に関する一般論を展開した上

で原告の主張を検討していく。その中で連邦最高裁は、① 収用に関する議論はある「区画」の土地全体を論じるのであつてその「区画」の上空部分といった「断片」を論じるものではないとして上空に関する権利という考え方を否定し<sup>(41)</sup>、また、② 規制によつて原告の財産が重大な価値減少を起こしていることについて、本件条例を市内全域にわたる歴史的芸術的利益をもつた建築物を保持するという包括的プランの一部としての土地利用規制と位置づけることで、差別的ゾーニングとは異なるとし、さらに③ コミュニティ内のすべての建物に同じような制限を課すゾーニングや歴史地区条例と違い、規制の利益と負担の公正で公平な配分<sup>(42)</sup>が欠如していることも一般的福祉を促進する立法にはよくあることだとして簡単に斥けた。そして「収用」といえるほどの財産権の侵害があるかどうかについて議論し、本件条例が現在の土地利用に介入しておらず、TDR（前出注38）参照）によつて負担が和らげられているとして収用の成立を否定したのであつた。

上記のように本件ではまず、土地利用規制における収用の成否すなわち補償の要否の判断について「いかなる『公式 set formula』も発展させてこなかった」として前章で紹介した様々な諸テストについていったんリセットする。その上で規制の収用法理を論じる上で重要なファクターとして① 経済的インパクト② 合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度③ 政府行為の性質をあげ、これら収用三要素について考慮する必要があることが示された。本件では最終的には収用が認定されず補償が受けられなかったが、規制の収用法理が復活<sup>(43)</sup>し、上記収用三要素を考慮した上で一定の規制においては補償が認められる余地があることを示すものでもあつた。

実際、もともと航行可能な海に面してはいるが妨げとなる磯によつて海とは隔てられてしまつていた浅瀬（原告はこの浅瀬の所有者である）の水底をさらつて海への航行を可能にしたところ、連邦政府が州際通商条項に基づいて公衆のアクセスを拒めないように合衆国の航行可能水路としたことが収用ではないかと争われた *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979) では連邦最高裁は、一定の「公式」によるのではなく本質的に個別的で事実集

約的な問題に従事しなければならないがいくつかのファクターが認識されてきたとして、Penn Central Transportation Co. v. City of New Yorkで示された三つのファクターを示した後、財産権という「諸権利の束」のうちの本質的な一本として他人を排除する権利があり原告はこの権利を喪失してしまったこと、および「排除権」<sup>(4)</sup>は財産権の基本的な本質elementであつて政府が補償なしでは収用できないカテゴリーの利益に入ることを指摘し、このような場合には補償が必要であることを認めたのであった。しかしオーブンスペース確保のために建築制限を課したゾーニング条例が争われたAgin v. Tiburon, 447 U.S. 255 (1980)では、①一般的に従来からゾーニングは正当性がある規制とされていること、②当該条例から原告も利益を受けること、③最良の利用も財産権の基本的属性も妨げられていないし従来から主張していた住宅目的で土地を開発できることから合理的な投資期待を追求できることを理由に収用の成立が否定された。本件では収用の成立は否定されたが、一般的なゾーニング法の適用が収用となる場合として、規制が正統な州の利益を実質的に促進していない場合や経済的に実現可能な土地利用が否定されている場合が収用の主張が認められる場合としてあげられている。

さらにSan Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego, 450 U.S. 621 (1981)においても後の規制の取用法理に影響を与える重要な判断が下された。本件は、原発立地のために電力会社によって購入された土地が、州法に基づいて市当局のゾーニングおよびオーブンスペース計画のために立地が不可能となったために、これを収用であるとして原告が争った事例である。本件において原告は逆収用訴訟による補償支払と違憲宣言判決を求める訴えを起こした。判決そのものは連邦最高裁の管轄権がないとして原告敗訴とする判決が下されたが、収用の成否とは別のところで重要な議論が展開されている。本件において原告が起こした訴訟は補償の支払いを求める逆収用訴訟と違憲宣言判決を求める訴訟である。本判決で反対意見を執筆した裁判官ブレナンは連邦最高裁の管轄権を認め、さらに実体判断において収用の成立を認める。その上で収用が成立した場合の逆収用訴訟による補償の支払いを求めることができる

かどうかの問題を以下のように論じた。

私有財産が収用されるやいなや、それが公式の没収手続であれ占有であれ物理的侵害であれ規制であれ、土地所有者はすでに憲法的な侵害を被っているのである。そこで補償に関する憲法規定の自力執行的な性格が作動する。当裁判所は一貫して修正五条における正当補償の要求が喫願的なものでないということを認めてきた。私の見解によれば、ひとたび裁判所が規制の「収用」があつたと確証すれば、政府機関は規制が「収用」の効果を持った日に始まり政府機関が規制を廃止するかそうでなければ修正することを選んだ日に終わる、その間、正当な補償を支払うことを憲法は命じているのである。この解釈は正当補償条項の解釈を行ってきた当裁判所の諸ケースにおいてと同様に正当補償条項の明示的な文言と目的によって支持されるものと私は信じる。

先の *Agins v. Tiburon* においても逆収用訴訟の利用可能性については問題とされていたが、本案審理において収用ではないとされたことで救済の方法の問題である逆収用訴訟の可否については連邦最高裁では判断がされなかった。本件 *San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego* において反対意見とはいえ逆収用訴訟の利用可能性についてこれほどまでに明確に述べたことは非常に意義があつたといえる。しかもこの反対意見には他に三人の裁判官が加わり、後に連邦最高裁長官となつた裁判官レーンキストが管轄権の問題を除けば反対意見を支持するといった同意意見を執筆しており、九人の連邦最高裁裁判官のうち過半数である五人の裁判官が土地利用規制に関する規制の収用法理が問題となつたときの逆収用訴訟の利用可能性について肯定している。さらには多数意見を執筆した裁判官ブラックマンもこの点について特に反論はしておらず、憲法上の重要問題であるとは示唆している。*Agins v. Tiburon* の原審である州最高裁判決が土地利用規制に関する規制の収用法理の問題では逆収用訴訟を認めないとしていたことからも、<sup>(46)</sup> 本件は訴え却下による原告敗訴であり補償が認められなかつた事例ではあるが、今後の展開においては土地利用規制における規制の収用法理の萌芽となつた諸判決の中でも非常に重要な意義を持つていたとい

えよう。

## 第二節 消極主義化

こうして規制的収用法理を中心として財産権の保障の問題が再び連邦最高裁において盛んに議論されるようになったが、この後しばらく連邦最高裁は消極主義化していく。

その発端は先ほどあげた *San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego*, 450 U.S. 621 (1981) である。前述したように本件において原告は逆収用訴訟による補償支払を求めていた。第一審および控訴審はこれを認めたが州最高裁は先の *Agins v. Tiburon* の州最高裁判決を先例として逆収用訴訟を認めず審理のやり直しを控訴審に命じた。控訴審はこれに従って逆収用訴訟による補償支払は否定し、さらに収用の成否については第一審を追認した第一次控訴審を修正して、補償なしの収用であるとして違憲無効の宣言的判決を下すためにはさらなる事実認定が必要であるとして第一審に差し戻した。この控訴審の判断に対して原告は異議を申し立てて州最高裁に上訴したが州最高裁がこれを認めなかったために連邦最高裁にさらに上訴した。そこで法廷意見を執筆した裁判官ブラックマンは、連邦最高裁の管轄権は州裁判所からの上訴については州裁判所の終局判決に対しての判断に限られているとし、本件では収用の成否について州裁判所で終局判決が下されていないため、上訴は受け付けられないとして却下したのであった。

この管轄権の問題については同意意見を書いた裁判官レーンキストも法廷意見に加わっており、連邦最高裁の裁判官の過半数である五人の裁判官の同意を得ている。*San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego* はこのような管轄権問題を盾に判断回避という消極主義的な態度を取り始める先例となったといえよう。

その後、土地の賃貸人にケーブルテレビのための設備の設置を無償で許可することを求める州法が争われた

Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982) に於いて、Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978) を引いて、収用かどうかの審査においては「公式」はなく個別的で事実集約的な審査をしてきたこと、それにあたつては収用三要素が審査されるべきとされてきたことを指摘し、公益促進のための規制が支持されてきたことを述べる。但し同時に、物理的侵害は収用条項の目的にとつて深刻な性格を持つており、物理的侵害が永久的物理的占有にまで達していれば収用が起つたとされてきたとも述べ、「そのような事件においては『政府行為の性質』はその行為が収用であるかどうかを決定するのに重要なファクターであるだけでなく決定的でもある」とする。そして物理的な物における財産権は「それを占有し利用し処分する」権利であり、本件ではそのおのおのが効果的に破壊されているとして収用の成立を認めたのであつた。「公式」なしの個別的かつ事実集約的な審査を機軸に据えつつも政府行為の性質からある一定の場合にはカテゴリーカルに収用が成立するとし、その一つとして本件では「永久的物理的占有」ということがその場合であるとされたのであつた。

収用が認められたことから本判決が土地利用規制における規制的収用法理に積極主義的に取り組んだと評価することも可能であろう。しかし本判決は物理的侵害という非常に明白な土地への不法侵害 trespass が問題となつた事例でもあり、強力かつ説得力のある反対意見が付されているものの、<sup>(47)</sup>比較的収用の認定がしやすいものであつたといえる。また本判決自身がその射程を非常に狭いものだとしていることから、<sup>(48)</sup>裁判所の態度が積極化したと意義づけることもできないし、また実際にやはりこの後しばらくは消極主義的な判決が下る。

Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City, 473 U.S. 172 (1985) もそのような流れの一つとして捉えられる。本件では、州法に基づく条例改正によるゾーニングでもともとなされてきた許可に基づく土地開発が不可能になつたことから、ゾーニング条例の合憲性が争われ、逆収用訴訟が提起されたものである。控訴審で原告は勝訴し当局への補償の支払いが命じられたために当局側が上告した。連邦最高裁は、



被上訴人（原告）の土地開発計画は斥けられたもののその許可の否定は異なる計画に対する否定と同意義のものというわけではなく、被上訴人（原告）はまだいかなる開発が許されるかについての最終判断を得ておらず、まずは行政手続による救済がつくされなければならないとして、逆収用訴訟を起こす成熟性を否定して原審に差し戻したのである。

連邦最高裁はさらに *MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County*, 477 U.S. 340 (1986) でも同様に判断を拒否し続ける。本件は、原告による単身者用および家族用の住居の分譲の申請がゾーニング規則等に基づいて適切な公衆の道路へのアクセスや下水道、水の供給、警察的保護などを理由にして当局により拒絶されたことから、当局はすべての分譲申請を否定することによって本件財産を農業的利用に制限しておりそれによって当財産の「すべての経済的利用」を収用したとして、原告が宣言的救済および金銭的救済<sup>(49)</sup>を求めて出訴したものである。これに対して原告の事実主張が不明確でありかつ逆収用の主張に基づく金銭的救済は *Aguins v. City of Tiburon*, 24 Cal. 3d 266, 598 P.2d 25 (1978) に基づいて前もって打ち切るという判決が下され、州控訴裁がこれを認容し州最高裁が上訴を認めなかったために連邦最高裁に本件が上訴された。しかし連邦最高裁は、本件財産に対する問題とされている規制がいかに適用されるかに関して当局による最終的かつ権威的判断がないことから当裁判所は「収用」が成立したかどうかや裁判所が「正当な補償」を供給できないかどうかについて判断することはできないとして、<sup>(50)</sup>原審を認容したのであった。

この時期の連邦最高裁は、*Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* では収用を認定したものの先例としての範囲が非常に狭いことを強調し、*San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego & Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bnak of Johnson City* など<sup>(51)</sup> *MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County* などでは、「終局判決」要件や「最終判断」要件を示すことによって自らの管轄権が限定的であることを強調して判断を

差し控えた。その意味で連邦最高裁は、土地利用規制に関する規制の収用法理の問題としてはこの時期、非常に消極主義化したといえるであろう。

### 第三節 積極主義化

しかしそのような消極主義的な態度も変化を迎える。地表の陥没を生じさせる地下石炭採掘を禁止した州法の差止めを求めて争われた *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987) では連邦最高裁は収用を認めなかったが、*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) とは事案を区別してこれが覆されないことを確認するとともに、*Agins v. Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980) を引いて正統な州の利益を実質的に促進しているかどうかという基準を用いた。収用の主張は認められなかったものの、あたかも実体的デュープロセス理論が復活したかのようであった。

その後、同年には土地利用規制に関する規制の収用法理の分野でいくつもの重要な判決が連邦最高裁において下された。そのうちのひとつとして、連邦法が原住民アメリカ人が所有する土地についてその細分化を防止すべきとしたことで、死亡時に相続させずに原住民アメリカ人の部族に死亡者の土地を帰属させることが争われた *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704 (1987) をあげることができる。連邦最高裁は収用三要素に触れつつ、政府行為の性質が「甚だし」く、「諸権利の束のうちでもっとも本質的な一つを破壊している」という場合は収用であるとして (at 717)、本件では「相続人にある種の財産を譲る権利」がこの「本質的な一つ」にあたるとした。 *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979) を先例として収用の成立が認められたのである。

また *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987) になら

ては、一時的洪水保護地域とされたために自己所有地に建物が建てられなくなったことが収用であり補償がなされるべきではないかが争われた。本件は州最高裁である原審が *Aguins v. City of Tiburon*, 24 Cal. 3d 266, 598 P.2d 25 (1978) に従って逆収用訴訟の提起を否定した第一審および控訴審に対する上訴を拒否したことから連邦最高裁に上訴されたものである。これに対して連邦最高裁は一時的規制についても逆収用訴訟を提起できることを明らかにして破棄差戻判決を下した。本件では逆収用訴訟の可否が問題とされたために本案審理はなされなかった。しかし一時的な規制についても規制的収用法理に基づいて収用の認定がなされ得ることが示され、さらに、土地所有者に財産のすべての利用を否定する「一時的」規制の収用は合衆国憲法が明確に補償を要求している永久的収用と本質的に異なるものではないとしており、連邦最高裁の土地利用規制に関する規制的収用法理の分野での積極主義化が強く窺える判決であった。

そして *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) では、土地開発における許可条件として公衆がその土地を横切って公有の浜辺から浜辺へと通行できるように地役権を求められたことが争われた。連邦最高裁は、このような許可条件は単なる利用規制というよりもむしろ収用を構成するというべきであって、諸権利の束のうちでもっとも本質的な stick のうちのひとつとして他人を排除する権利があり、永久的物理的占有が起ることでこれが害されているとする。その場合に収用でないといえるのは、*Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis* と同じく、正当な州の利益を実質的に促進している場合であるとする。そして本件では公衆の浜辺への景観 visual access という利益を許可条件が実質的に促進していないとして収用であるとしたのである。<sup>(51)</sup>

この積極主義化の流れはさらに続き、今に至るまで多くの議論を引き起こしている *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) が下される。本件は、海岸の土地を単一世帯用住宅建設のために購入したところ、その土地が購入後に州法によって浸食の危険から永住用の建物の建設を禁止されたためにこれを収用である

として争われ、正当な補償が求められた事例である。本件では第一審が原告の主張を認めたのに対して州最高裁が公共に対する害悪防止のための規制であることを理由に第一審を破棄していた。連邦最高裁はまず、公益に関わりなく補償を要するとされた規制として少なくとも二つの区別されたカテゴリがあり、その一つは「物理的侵害」を所有者に被らせる場合でもう一つはすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合であるとする。そして有害な利用を妨げる規制と利益を与える規制との区別は不可能ではなくても困難であり、「有害な利用」原則はポリスパワーを正当化するためのものと位置づけ、「有害な利用」のロジックで補償が必要とされるカテゴリカル・ルールからはずれるとすることはできないとした。但し権原それ自体すなわちニューサンスや州の財産法の背景の諸原則に本来備わっている制約であればこの限りではないとした。逆にいえばそのような本来備わっている制約でない限りはすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定する規制は収用であり補償が必要であるということになる。いかなる場合が「すべての」経済的に有益で生産的な土地利用を否定したといえるかでその後議論が巻き起こることになったが、連邦最高裁が政府の行う土地利用規制に対して厳しく積極主義化したことが強く窺える判決であつたことは確かであらう。<sup>(32)</sup>

また、*Dolan v. Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) でも連邦最高裁はさらに積極主義的な姿勢を見せた。本件では店の拡張と駐車場の舗装の申請に対する許可条件として、混雑緩和のために公共の芝生の遊歩道および歩道と自転車道のために土地を提供することを求められたことが収用であるとして争われた。連邦最高裁は本件において重視すべき先例として *Nollan v. California Coastal Commission* を引き、正統な州の利益と許可条件との間に「基本的な関連」が必要であるとする。そしてその上で、修正五条によって要求される必要な関連は「大まかな比例性」でありその際に数学的な計算は必要ないが要求された土地提供が計画された開発へのインパクトの性質とその程度の両方において「合理的関連性」があるように許可条件の決定を個別にしなければならないと、さらに政府に対して厳し

い態度をとったのであった。本件において連邦最高裁は、目的の正当性と共に目的手段の関連性を問い、そこでは「大まかな比例性」が必要であるという具体的な基準を示した上で、収用の成立を認めたのであった。

このような具体的な収用の成否についてはないが、*Suittum v. Tahoe Regional Planning Agency*, 520 U.S. 725 (1997) においても連邦最高裁は積極主義的な姿勢を見せている。本件はタホ湖周辺の未開発地区所有の原告が、その土地をタホ地域計画機関によって当局規則の下で開発不適格とされたことから、これを収用であると争ったものである。<sup>54</sup> 本件において原告は当局の承認付きで転売可能な移転しうる開発権(TDR)を持っており、地裁は原告がこの権利行使を求めて転売を試みていないことを理由に訴訟の成熟性を否定し、控訴審も同様の理由から本件においては「最終判断」が関係機関によってなされていないとして訴訟の成熟性を否定したことから、原告が上訴したものであった。連邦最高裁は前の *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City*, 473 U.S. 172 (1985) および *MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County*, 477 U.S. 340 (1986) で示してきた「最終判断」要件についてこれを限定的に解するとした。最終判断要件を示した先例のポイントは二つあり、一つは判断の終局性の要求というのは問題の土地がどのように利用されてもよいかについての決定に適用されるということ、もう一つはその要求が一般的な規制の厳格さを和らげる関係機関の高度な裁量に反応しているということであるとする。そして本件では利用についての決定があり、加えて関係機関にはさらに別の利用についての許可を行う裁量がないとして、収用の主張が成熟していると判断したのであった。本件は訴訟の成熟性そのものを争うものであったため、収用の成否についての判断自体はなされずに事件を差し戻すという結論に至っている。しかし収用の成否について原告が争う道を広く開くことを意図しているものとして積極主義的な判決と見ることができよう。

同様のことは *Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD.*, 526 U.S. 687 (1999) においてもいえる。本件でも

訴訟の成熟性が争われた。本件は開発申請の度に要件を追加的に課していた事例で、<sup>(35)</sup>連邦最高裁は、最終判断を避けるためにそのような不当な手続をとることは許されないとして本案審理を行うほどに事件の成熟性があることを認めたのであった。

#### 第四節 再消極主義化

このように政府による財産権規制に対して厳しい態度をとるようになっていった連邦最高裁の姿勢が世紀末にしてみても変化を見せ始める。その発端として見る事ができると思われるのは前節の最後にあげた *Monteity v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD.*, 526 U.S. 687 (1999) である。本件は、海岸沿いの土地開発に対して市当局から五度の厳しい要求をされた上でさらにその申請を却下された原告によつて起こされた訴訟である。<sup>(36)</sup>地裁で原告勝訴とされたが被告当局は地裁が、原告が「すべての経済的に実現可能な利用を否定されているか、あるいは最終的な開発申請を拒絶した市の決定が正統な公的目的を実質的に促進していないということが見いだされた場合は」収用であり原告勝訴が見いだされると陪審員に説示を行つたことを不服としていた。さらに連邦控訴裁が地裁判決の「正統な公的目的を実質的に促進していない」という説示について *Dolan v. Tigard* に言及し、「大まかな比例性」の説明を加えて地裁判決を支持したことから上訴されたのが本件である。連邦最高裁は地裁が行つたこの説示を正当なものとして捉え、原審を認容し原告勝訴の判決を下した。但し連邦控訴裁が「大まかな比例性」に言及した点についてはこれを修正し、このテストは強制取立といった特別な文脈を超えて拡大されてはこなかったとして、「大まかな比例性」テストが許可条件に一定目的のための土地提供が含まれている場合のみに限られることを明らかにした。前節で述べたように訴訟の成熟性を肯定して収用の成否を争う道を広く認めたことや土地利用規制を受

けた原告が勝訴したという点では積極主義的な判決と捉えられるが、理由付け部分の中でテストへの限定を加え始めたところからは消極主義的傾向が見受けられる。<sup>(57)</sup>

また原告所有の湿地帯内にある非湿地帯部分の開発申請の却下が争われた *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) でも連邦最高裁は収用を認めなかった。本件は原審が事件の成熟性を否定して訴えを却下していたために、実際に収用が成立しているかどうかの事実審査を行うように差し戻す判決が下ったことから収用の成否についての判断はなされていない。但しどのようなテストを行うかについては判示している。本件の第一の特徴は規制が原告所有のひとまとまりの土地すべてにかかっているわけではなくその中の湿地帯部分についてのみかかっているという点である。連邦最高裁は、このような部分的な規制についてはひとまとまりの土地から規制されている部分だけを取り出して考えるのではなく、ひとまとまりの土地全体を捉えて考えるべきであるという。そして部分的に取り出せば規制部分についてはほぼすべての利用が禁止されている場合でもひとまとまりの土地全体を考えればそうはいえないことから、*Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) でいわれたすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合はその規制を収用と考えるべきであるというアプローチではなく、*Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) でいわれた収用三要素の総合的な考慮によって収用の成否を認定するというアプローチがとられるべきであるとする。かくして規制されている部分だけを取り出してすべての実行可能な経済的に有益な利用が禁止されているかどうかではなく、① 規制の経済的インパクト ② 合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度 ③ 政府行為の性質を総合的に勘案して収用の成否を決することになる。また本件の第二の特徴は原告が土地を取得したときには問題とされた規制が存在し、その取得前から課されていた規制を収用であると争ったという点にある。そしてこの論点については訴えが差し戻されているために傍論でしかないが、差戻しの法廷意見を支持したうちの一人であるオコナーが独自に意見を付し、原

審認容を主張した反対意見を書いた四人の裁判官によって支持され、五人という多数派を形成している。<sup>(59)</sup> オコナーはこの補充意見で規制後に財産を取得したことをもって②の合理的な投資に裏付けられた期待の評価につなげることが適切であると論じている。ブライヤー裁判官はこの点についてさらに「通常はそのような期待は所有者が変わっていくことに減少していくだろう」として、収用の認定に消極的になる要素としてこの論点を捉えているのである。

本判決が消極主義的であると見ることができる理由として次の三つがあげられる。一つは、規制の対象となつた湿地帯部分だけを取り出して議論するべきではなく土地を全体として見て議論するべきだとしたことである。また一つは、規制によって当該湿地帯の価値がほとんど全部といつていいほど損なわれたにもかかわらず、*Lucas v. South Carolina Coastal Council* でいわれたすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合はその規制を収用と考えるべきであるというアプローチではなく *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* でいわれた収用三要素の総合的な考慮によって収用の成否を認定するというアプローチがとられるべきであるとされたことである。さらに最後の一つは、傍論ながらも規制が土地取得前に行われていたことが収用三要素の「合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度」の審査において考慮されるべきとされたことである。連邦最高裁のこれらの議論は収用の認定には否定的に働くという意味で消極主義的な議論であつたといえよう。

さらにタホ湖の湖岸地域の環境資源保護のために一時的開発禁止命令（モラトリアム）<sup>(60)</sup>を受け、その環境資源保護のための土地利用計画が遅延したために長期にわたって開発禁止が継続した。そのために自己の所有する土地の開発ができなかった所有者によって提起された一九八三訴訟の上诉状である *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002) においても消極主義的な姿勢がとられる。連邦最高裁は、規制の収用の審査においてはひとまとまりの土地全体を捉えて考えるべきであることを確認する。また一時的な制



限はその制限が廃止されれば財産は元通りになるのである以上、ひとまとまりの土地全体の収用ではなく単に価値減少を起こすだけであるとする。そしてそうである以上は *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* でいわれた収用三要素の総合的な考慮によつて収用の成否を認定するというアプローチがとられるべきであるとす。そして本件では実際に、規制は収用ではないとされたのであつた。

## 第五節 小 括

このように一九七八年の *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) 以来、連邦最高裁は規制的収用法理という形で財産権規制の合憲性に取り組むようになってい。それはまさに個人の財産的な権利が関わる経済問題に再び連邦最高裁が対処し始めたということだといつてもよい。連邦最高裁が二〇世紀初頭までの議論を *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* においていったんリセットしてもなおこの問題に取り組み始めたことからいつても、この問題について憲法上の議論が深まる必要性があることは明らかであるように思われる。

上記のごとく、二〇世紀後期以降、最高裁は消極主義化と積極主義化を行ったり来たりしていたといえよう。ここ最近についていえば、連邦最高裁は土地利用規制における規制的収用法理の問題において収用の成立を認めることに消極主義的な姿勢を見せるようになってきていると指摘することができる。<sup>(61)</sup> ではこのような消極主義化は何に基づいて起こつたのだろうか。短い期間ながらも連邦最高裁が辿つたこの軌跡をどのように見ることができの。章を改めてこれを検討したい。

### 第三章 考 察

#### 第一節 裁判官の構成とその変化

##### ① 萌芽期から消極主義期まで

Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978) が下された当時の連邦最高裁の裁判官の構成は以下のようなものであった。まず長官はバーガーである。その他の連邦最高裁裁判官はブレナン、スチュアート、ホワイ特、マーシャル、ブラックマン、パウエル、レーンキスト、ステイブンス、以上である。バーガー・コートは一九六九年から一九八六年までであり、Penn Central Transportation Co. v. City of New York はバーガー・コートの後期に入ってから判決であるといえることができる。共和党大統領によって任命されたのは、長官のバーガーの他、スチュアート、ブラックマン、レーンキスト、ステイブンス、ブレナン、パウエルの六人で、他のホワイ特、マーシャルの二人は民主党大統領による任命である。任命した大統領から判断すれば七対二で共和党優位に見えるが、ブレナンとパウエルは民主党支持者であつたし、ブラックマンは任命後ほとんどリベラル派に態度転換しており、Penn Central Transportation Co. v. City of New York はその後の判決であることから、連邦最高裁内部で財産権保護が積極主義化していたとは言い難い。ただ長官のバーガー、後の長官で超保守派であつたレーンキスト、当時は保守派であつたステイブンスといった有力な共和党裁判官が取用の成立を認定する反対意見を構成したことから、この問題が連邦最高裁の表舞台に出始めたことが裁判官の構成と全く関係がなかつたわけ

でもないといえよう。

土地利用規制を逆収用訴訟で争うことの許容性については、*San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego*, 450 U.S. 621 (1981)において、民主党大統領によって選出されたマーシャルと共和党大統領によって選出されたレーンキスト、スチュアート、ブレナン、パウエルがこれを積極的に認めるべきとしている。超リベラル派のブレナンやマーシャルと超保守派のレーンキストが奇妙な連携を見せており、この問題を単純に保守とリベラルとの対立だけで捉えることができないことを示しているように思われる。

その後、スチュアートが退任してまたも共和党大統領によって任命されたオコナーが連邦最高裁に連邦最高裁初の女性判事として入る。ところが *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982) を除けば、そもそも訴訟の認定そのものが認められない消極主義時代が続く。オコナー自身がそれほど堅い保守派というわけではないことからこの裁判官交代が判例の動向にそれほど大きく影響は及ばなかったといえるかもしれない。

## ② 積極主義期から再消極主義期まで

しかし一九八六年に長官であったバーガーが退任して超保守派といわれたレーンキストが長官に就任した後は、この分野でもやはり変化が見られたと思われる。バーガー退任後に連邦最高裁入りしたのは後に *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) の法廷意見を執筆したスカリアである。彼は今でもなお連邦最高裁内で財産権をもっとも強く保護しようとしている裁判官であるといえよう。一九八〇年代のうちに共和党大統領選出の裁判官であるステイブンスがリベラル派に転向したと考えられるが、それでもなおレーンキスト・コート成立の翌年、一九八七年には積極主義的な一連の判決が下されるようになった。<sup>(63)</sup>

一九六九年のニクソン大統領就任以降、一九七〇年代末のカーター大統領の四年を除けば一九九三年にクリント

ン政権が誕生するまでのアメリカでは共和党大統領が政権を握っていた。一九八八年以降、短期間でレーガン・ブッシュ共和党大統領によってリベラルな裁判官が退任して新たな裁判官が任命されていく。まず一九八八年には民主党支持者のパウエルが退任しケネディが連邦最高裁入りを果たした。一九九〇年には超リベラル派として知られていたブレナン<sup>(64)</sup>が退任しスターが連邦最高裁入りする。さらに一九九一年には民主党大統領選出のリベラル派黒人裁判官マーシャル<sup>(65)</sup>が退任して同じく黒人からトーマスが最高裁入りする<sup>(66)</sup>。

このメンバーで下されたのが *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) である。ホワイトを除いてスカリア、レーンキスト、オコナー、トーマスという四人の共和党大統領選出の裁判官によって構成された法廷意見<sup>(67)</sup>とケネディによって書かれた結果同意意見とによってこの積極主義的な判決が下された。リベラル派裁判官ブラックマンと共和党大統領選出でかつては保守派であったが現在は連邦最高裁内でもっともリベラル派ともいわれるスティーブンスとによって反対意見が書かれ、また同じく共和党大統領選出だが就任当初よりリベラルであったスターによって裁量上訴そのものに反対する個別意見が執筆されている。

その後、クリントン政権に入りホワイトの退任に伴ってギンズバーグが就任する。ここに連邦最高裁内部での保守とリベラルとの色分けがはつきりし、このメンバーで下された *Dolan v. Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) ではそれが如実に表れた。堅い保守派といわれる長官のレーンキスト、スカリア、トーマスと中道保守と見られるオコナーおよびケネディによって積極主義的な法廷意見が構成され、リベラル派のスティーブンス、ブラックマン、ギンズバーグ、スターによって反対意見が構成された。この構成そのものは一九九四年にブラックマンが退任してブライヤーがクリントン大統領によって選出された後にも変わらなかった。

ところがこのような「保守」「中道保守」「リベラル」という色分けに変化がないにもかかわらず再び消極主義化する。それがはつきり表れたのが *Palazzo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) および *Tahoe-Sierra Preservation*

Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002) である。

まず Palazzolo v. Rhode Island においては判決それ自体では保守派が中道派と連携して積極主義的な判決を下し、リベラル派がこれに反対する意見を構成しているかに思われる。しかし争点ごとの中身を見るとそうではない。まず土地利用規制における規制的取用法理の積極主義的な判決としてもっとも強く位置づけられる Lucas v. South Carolina Coastal Council が示した法理の射程について、これを限定することについては少々の留保があるものの全員の了解があるように思われる。<sup>(68)</sup> また Penn Central Transportation Co. v. City of New York で示された取用三要素のうちの「合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度」の判断に際して規制時と財産獲得時とのタイミングを考慮して緩やかな審査をすることについて、リベラル派の四人の裁判官に中道保守のオコナーが同調している。<sup>(69)</sup> しかもこれに対して明確な反論をしているのは保守派裁判官の中でもスカリアだけであり、他の保守派裁判官であるレーンキストやトーマス、今一人の中道保守のケネディは無反応であった。

さらに Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency では明らかにリベラル派と中道保守とが手を組んで消極主義的な判決を下しており、堅い保守派裁判官三人が反対意見を構成するという現象が見られる。

### ③ 小括

この連邦最高裁内部の勢力図から判決を見ることは可能であり有益なことであるかもしれない。しかしこれが必ずしも判例動向の積極主義化や消極主義化に整合的な対応をしているとは限らないことには注意が必要である。<sup>(70)</sup> 確かに一九八七年以降の積極主義化は裁判官構成の変化によってある程度の説明が可能であろう。しかし一九八〇年代半ばまでの消極主義化や最近の再消極主義化についてはそれほど正確な説明にはなっていないと思われる。土地

利用規制における規制の取用法理に関して連邦最高裁が問題として、個別に考察することにより、積極主義―消極主義の二元的な捉え方を越えた分析をすることが必要だと思われる。

## 第二節 土地利用規制における規制の取用法理の現在

### ——実体的なテストの内容——

上記の連邦最高裁の動向に本格的な検討を行う前に、土地利用規制における規制の取用法理が現在、どのような形態にあるのか、つまり、実体的に取用の成否を判断するためのテストがどのようなものであるのかについて概観しておこう。

連邦最高裁がある土地利用規制について取用の成否を判断する際、大きく二つの異なるアプローチを用いることがある。一つは公益性に関する判断を除外し、ある判断項目に当てはまるかどうかで取用の成否を決するカテゴリー・アプローチである。もう一つは公益性と個人の権利に対する侵害度との両方を考慮に入れて取用の成否を決する利益衡量的アプローチである。両者についてそれぞれ解説していく。

### ① カテゴリーカル・アプローチ

#### (1) 永久的物理的侵害

カテゴリーカル・アプローチの一つとして「永久的物理的侵害」で取用の成否を決する場合がある。この典型的なケースとしてあげられるのが *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982) である。第二章二節で触れたように、本件ではケーブルテレビ受信のための設備の設置に関してアパートの賃貸人にケーブルテレビ

会社がただ同然でその設備を敷地内に設置させることを義務づけていた。本件はまさに物理的にある土地に対して「物」の設置の容認を義務づけたという意味において物理的侵害であつたと認定できたのであろう。<sup>(71)</sup>

この永久的物理的侵害テストの亜種として議論可能なものに *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) と *Dolan v. Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) をあげることができる。<sup>(72)</sup> 両者とも土地開発において開発許可の条件として土地提供（地役権設定）が求められた事例である。連邦最高裁は *Nollan v. California Coastal Commission* においては「永久的物理的占有が起こっていると思われる」として *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* をこの事件の重要な先例としてあげている。 *Dolan v. Tigard* においてはほぼ同種の事案であることから *Nollan v. California Coastal Commission* を先例としてあげながらの議論となつていふことからすればこのような位置づけも可能であると思われる。そしてさらに *Nollan v. California Coastal Commission* においては「正統な州の利益を實質的に促進しているかどうか」というかつての実体的デュープロセス理論を思い起こさせるテストが用いられ、それをさらに精緻化させた形で *Dolan v. Tigard* においては「大まかな比例性」の有無についての審査が行われた。<sup>(73)</sup>

このように永久的物理的侵害を伴うような土地利用規制をカテゴリーカルに収用として補償を要するものという上記のような分類が一般的な見方である。しかし永久的物理的侵害テストを用いた判例としてカテゴリーカル・アプローチの一つに分類されているこれらの判決を、「諸権利の束」としての財産権<sup>(74)</sup>における本質的一本の奪取の有無として分類し直すことも可能であるように思われる。土地利用規制に関する収用の成否が問題とされた事例においてもつとも早く「諸権利の束」に言及したのは *United States v. Virginia Electric & Power Co.*, 365 U.S. 624 (1961) である。本件においては、河岸所有者が永久的排他的に得た洪水地役権 *flowage easement* のある土地を含む土地に洪水地役権を政府が設定したことが争われた。スチュアートが執筆した法廷意見ではなくダグラスが執筆した同

意見の最後に「諸権利の束」としての財産権観が触れられている。その後、この同意意見が引用されて、土地利用規制の問題ではないが、驚の保護のためにその死体の一部の販売を禁じた規制が争われた *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979) において「諸権利の束」としての財産権観が言及され、束のうちの一本のより糸 strand を奪っただけでは収用ではないとされた。

この諸権利の束としての財産権という財産権観を前面に出してその本質的な一本を奪ったとして補償を認めた判決に *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979) をあげることができる。本件で連邦最高裁は、「諸権利の束」としての財産権のうちの本質的な一本として他人を排除する権利があり原告がこの権利を喪失してしまったこと、「排除権」は財産権の基本的な本質 element であって、政府が補償なしで収用できないカテゴリーの利益に入るとした。さらに永久的物理的侵害テストでカテゴリーカル・アプローチの一つを確立したとされている *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* もまた *Kaiser Aetna v. United States* を確認して、「諸権利の束」のもっとも本質的 essential な sticks を奪う場合は収用であり、本件では「占有し利用し処分する」権利のおのおのを効果的に破壊するものとして収用を認めている。*Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987) でも「諸権利の束」としての財産権という見方がなされ、支持財産 support estate は財産の独立した断片なのではなく、石炭か地表かのどちらかを含むより広い諸権利の束全体のうちの一部分であるとして補償が認められなかった。しかし同年に下された *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704 (1987) では *Kaiser Aetna v. United States* に触れつつ諸権利の束の中でもっとも本質的な一本の破壊について言及し、相続人へ特定の財産を譲り渡す権利はそういう重要な権利だとして収用の成立を認めている。さらに先の *Nollan v. California Coastal Commission* および *Dolan v. Tigard* もまた他人を排除する権利は諸権利の束の中でもっとも本質的な一本であると議論をした上で、「正統な政府利益を実質的に促進しているかどうか」というテストを用い、その精緻化として「大まかな比例性」を問うとい



うことをしている。

このように永久的物理的侵害テストをこのような「諸権利の束」としての財産権の本質的一本の侵害という議論の一環と読み直し、次に触れる利益衡量的アプローチとは異なるアプローチとして確立していったと見ることも不適切な判例分析ではないと思われる<sup>(75)</sup>。

## (2) すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合

カテゴリカル・アプローチのもう一つの類型として問題の土地の「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」がある。この類型はもともと *Aguins v. Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980) において示されていたが、このときは収用の成立は否定されていた。この類型が用いられて積極的に収用を認定したのは *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) である。この類型に当てはまる場合には公益性についての判断から独立して収用の成立が認められるとされたのであった。しかも *Lucas v. South Carolina Coastal Council* は二〇世紀初頭に採られていた「有害な利用」テストについてわざわざ言及し、「有害な利用」規制と利益促進規制との区別は可能ではないが困難であり、「有害な利用」のロジックで補償が不必要とされるカテゴリカル・ルールからはずれることはできないとまでしている。規制によつて政府が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」の政府の責任を非常に重く見たものであったということができよう。

## ② 利益衡量的アプローチ

利益衡量的アプローチをもっとも最初に典型的に定式化したのは *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) であるといえよう。本判決において、① 経済的インパクト ② 合理的な投資に裏付けら

れた期待への実質的な干渉の程度 ③ 政府行為の性質という、いわゆる収用三要素が示され、これらについて個別具体的かつ事実集約的 *factual* な審査がなされなければならないということが示された。とはいえ、この三要素は本判決で初めて出てきたものではない。採鉱の禁止と埋め直し義務の合憲性が争われた *Goldblatt v. Town of Hempstead*, 369 U.S. 590 (1962) においてその原型ともいえるべき議論がなされていた。ただここでは規制による価値減少が収用の成否において決定的なものではないことが、さらにはポリスパワー行使の有効性を判断する要素が示された。そこでは古典的な目的手段審査すらも厳格な適用がなく、① 規制の持つ脅威の性格 ② より深刻ではない他の保護処置の利用可能性 ③ 原告が規制を課せられることによって被る損失をポリスパワー行使の合理性審査として検討することとされ、合憲判決が下された。ここで示された議論が *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* で示された収用三要素に大きな影響を与えているといえる。<sup>(17)</sup>

三つの要素のうち、① 経済的インパクトは要するに規制による価値減少の程度だといえる。*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) と同じくどの程度の価値減少であれば経済的インパクトがあったと認められるのかは定かではない。② 合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度の意味は明らかではない。③ 政府行為の性質は日本ではいうところの消極目的規制と積極目的規制の区別といえよう。この不明確性はかねてより指摘されてきたところである。<sup>(18)</sup>

この不明確性にもかかわらず本判決は収用の成否に関する裁判において大きな役割を果たしており、この問題に関する先例として多くの判決の中で採り上げられている。最近においても *Palazzo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) がこの収用三要素による審査がなされなければならないとしているし、また *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002) においても収用三要素による審査が行われてい<sup>(19)</sup>る。

## ③ 小 括

以上解説したように、これが現在のアメリカ連邦最高裁が示している土地利用規制における規制の取用法理だといえよう。収用の成否に関して争われている規制が永久的物理的侵害にあたる場合やすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合には公益性の観点は度外視されて収用の成立が認められることになり、これらの場合以外には Penn Central Transportation Co. v. City of New York が示した収用三要素を個別具体的かつ事実集約的に判断する利益衡量的なアプローチがとられるということが一般的な手法となっているとされている。<sup>(79)</sup>

## 第三節 検 討

土地利用規制における規制の取用法理の実体的なテストの内容は以上のようなものである。また前章で概観したような経緯を辿って連邦最高裁はこの問題に消極主義的な姿勢を見せているかに思われる。ただ単に収用の成立が認められにくくなっているとして消極主義的になっていると断言してよいかどうかは微妙なところである。収用の成否の判断にあたつては様々な問題があり、以下、それらを個別的に検討していきたい。<sup>(80)</sup>

## ① 訴訟の可否

まずそもそも訴訟が認められるかどうかという問題がある。

## (1) 逆収用訴訟と一九八三訴訟

規制が収用であるかどうかについて争われる争われ方はもともと非常に多様であった。一九世紀末から二〇世紀

前期にかけての訴訟においても、不法侵害として争われる場合<sup>(81)</sup>もあれば規制に違反した者が刑事裁判において規制の違憲性を主張する場合<sup>(82)</sup>もあった。規制の違憲性を主張して執行差止訴訟を起こす場合<sup>(83)</sup>もあれば規制の違憲性を主張して規制では許されない建築許可の発給を求める場合<sup>(84)</sup>もあった。また、このような規制を受けた側から規制をした当局に対して提起される訴訟とは逆に規制を行った当局の側が被規制者に対して規制の遵守を求める差止訴訟が<sup>(85)</sup>起こされる場合もあった。さらには規制を行った当事者である当局が関わることなく私人間の訴訟において当該規制の違憲性を争うような場合<sup>(86)</sup>もあった。

二〇世紀の後期以降、土地利用規制における規制的収用法理が連邦最高裁の表舞台に立つきっかけとなった *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) は、建築許可申請に対する条例に基づく不許可処分を争って当該条例が適用違憲であることの宣言的判決を求めた訴訟であった。アメリカにおいてはもともと土地利用規制の収用を主張する場合には規制を無効とする宣言的判決のみが利用可能であると考えられていた。<sup>(87)</sup> 実際、*Agins v. Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980) の原審である州最高裁判決では補償を求めた逆収用訴訟<sup>(88)</sup>は認められないと判示されていたし、上告審でも連邦最高裁は本案審理で収用の成立を否定したため規制を収用として争う際に補償を求める逆収用訴訟が可能であるかどうかは救済の問題であることから判断の必要がないとした。そのため、土地利用規制を収用であるとして争う場合の逆収用訴訟の利用の可否については、この段階では不明なままであった。

しかしその後、ゾーニングによるオープンスペース指定が争われた *San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego*, 450 U.S. 621 (1981) において、事件の未成熟を理由にして収用の主張は斥けられたが、反対意見を執筆した裁判官ブレナンが他の三人の裁判官の同調を得て、土地利用規制を収用として争う場合に逆収用訴訟の利用が可能であることを主張した。さらに現在は最高裁長官であるレーンキストが救済の問題として逆収用訴訟が利用可能であるという<sup>(90)</sup>

点については反対意見を支持するという同意意見を執筆し、連邦最高裁九人の裁判官のうち五人という過半数の裁判官が、土地利用規制を収用として争う場合に逆収用訴訟を提起して訴訟で直接補償を請求できるとした。

もちろん違憲宣言判決等のエクイティ上の救済が軽視されてよいということにはならない。土地利用規制を収用として争う場合に、逆収用訴訟の利用可能性が認められた後にも違憲無効を訴える訴訟も相当数存在する。<sup>(91)</sup> 土地開発や再開発をすることを希望する者からすればそのような訴えが認められることのメリットであることは確かである。それは

とはいえ、コモンロー上の金銭的救済が認められるというのも大きなメリットであることは確かである。それはさらに、一時的な開発禁止が問題とされた *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987) において、より明らかになったといえよう。本判決では一時的収用と永久的収用とを本質的に異ならないものとし、規制が収用であつた場合に当該規制が無効としただけでは救済として不十分であるとしたのである。規制が無効とされるまでの期間の損失についても補償が認められる場合があるということになれば、財産権に対する保護はますます強いものになったと考えることができる。

規制を収用であるとして争う場合に逆収用訴訟が利用可能であるということについては、建築規制が争われた *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) においても受け継がれた。また、規制成立後に財産取得をした場合においても補償を求めることができるとした *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) が下された違憲無効訴訟や違憲宣言判決を求める訴訟とは別の争い方として憲法上直接補償を求める逆収用訴訟が利用可能とされるようになったという点において、これらの判決は財産権保護に非常に積極主義的な動きであるといえよう。

金銭給付という形式の救済を求める訴訟としてさらにアメリカには「一九八三訴訟」という類型が存在する。憲法的不法行為訴訟と呼ばれ公民権法一九八三条によつて認められた訴訟類型である。もちろん規制を収用として争

う際に損害賠償請求がなされた事例は古くからある。州法に基づくダム建設による原告所有地の冠水が問題とされた *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1871) も不法侵害であるとして補償を求めるものであったし、二〇世紀後期に入ってからでも、アパート賃貸人にアパート敷地内でのケーブルテレビの受信施設の設置許可を義務づけた州法が収用であるとして争われた *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982) もまた、そのような設備の設置は不法侵害として争われている。しかし連邦政府や州政府を相手取った訴訟でそのような不法行為に基づく損害賠償訴訟が提起されることがなかった。これは英米法の伝統として主権免責理論が存在し、しかもこれが合衆国憲法上認められていることによる。<sup>(92)</sup>

上述した逆収用訴訟というテクニクはその抜け道としての役割を果たしつつもこの主権免責理論のために発展が遅れ、ほんの限られた場合にしか利用できないものとされていた。<sup>(93)</sup>二〇世紀に入って主権免責理論が強く批判されるようになり、ようやく物理的損害がある場合を中心に金銭的救済の可能性が認められるようになっていったのである。<sup>(94)</sup>土地利用規制において物理的侵害に至らない非物理的侵害の事例では逆収用訴訟が認められないとした判決が下されていたのもそのような事情からであった。しかし上述したように、*San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego; First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles; Lucas v. South Carolina Coastal Council; Palazzolo v. Rhode Island* と先例が積み上げられることによって、非物理的侵害である土地利用規制において収用を争う場合でも逆収用訴訟が提起できるようになっていった。

この逆収用訴訟の利用とともにさらに、金銭的救済を求める訴訟として一九八三訴訟が展開されてくる。南北戦争後一八六〇年代から一八七〇年代にかけてに人種差別解消のために制定された公民権法は *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883) で違憲判決が下されて以来、利用が困難な状態におかれてしまっていた。現在の公民権法一九八三条は、主権免責理論がある中でその隙間を縫うように通って、州等の行為の外観 color を呈して行った私人の行為に

対して損害を被った私人が州等に不法行為責任を求めることを可能としたテクニカルな条文であるといえる。ところが先にあげた *Civil Rights Cases* においては公民権法を主権免責理論ではなくステイトアクション理論で違憲判決が下されてしまったため、その後は一世紀近く公民権法が活躍することはなかった。しかし一九六〇年代に入り、連邦議会が再び公民権法を制定し、また一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての悪名高い *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) 時代の連邦最高裁とは違って連邦議会の規制権限を広く認めるようになっていたところから大きな変化を遂げる。違法捜査による権利侵害を争った *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961) において一九八三訴訟が認められて以来、憲法的不法行為訴訟として一九八三訴訟が増大していったのである。<sup>(97)</sup>

この一九八三訴訟の発展の中で土地利用規制を収用として争う訴訟も行われるようになってきている。主要判決としてまず、湿地帯規制を争って補償を求めた *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*, 520 U.S. 725 (1997) であるということができよう。次に触れる訴訟の成熟性の存在を連邦地裁が否定し、さらにそれが連邦控訴裁において認容されたために、連邦最高裁に上訴された。連邦最高裁は一九八三条に基づく補償請求の訴訟を認めることを前提として、本件訴訟の成熟性を肯定して原審に差し戻した。繰り返しの開発不許可処分が収用であると争われた *Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD.*, 526 U.S. 687 (1999) においても一九八三訴訟で土地利用規制における収用の主張をなすことが問題にされた。ただ本件で問題にされたのは陪審を用いるかどうかということであつて、一九八三訴訟が用いられること自体は特に問題視されていない。そして本件については相対多数意見において、損害賠償訴訟として構成可能であるが故に陪審審理が認められ、しかも連邦最高裁が示してきた規制的収用法理に基づく説示で陪審の判断が事実認定の枠外に出てはいないとされた。<sup>(98)</sup> さらにその後、湿地帯の一時的開発規制が一九八三訴訟の下で収用であるとして争われた *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002) において、収用の認定はなされなかったものの、一九八三訴訟に基づく本件損害

賠償の訴えの提起そのものは問題とはされなかった。

このように土地利用規制を収用として争うにあたつての訴訟類型は従来から認められてきた違憲無効訴訟や違憲宣言判決を求める訴訟だけでなく、補償を求める逆収用訴訟や公民権法一九八三条に基づく損害賠償訴訟などのような金銭給付を求める訴訟など、様々な類型が認められるようになってきていることがわかる。<sup>(99)</sup>

## (2) 成熟性

*Penn Central Transportation Co. v. City of New York* において土地利用規制を補償のない収用として争うことが可能であるとされてから、第二章で紹介したように多くの訴訟が連邦最高裁に持ち込まれることとなった。しかしそれらの訴訟に対して判断を差し控える傾向が見られる時期があつたのも事実である。第二章第二節においてあげた *San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego*, 450 U.S. 621 (1981) がそのような傾向の発端であつた。しかしこの判決は州裁判所の終局的な判断がなされていないことから来る判断回避であり、その意味では州裁判所と連邦最高裁との権限の關係に着目した議論であつた。

しかし「終局判断」が必要であるという判断は、その後の連邦最高裁において重要な先例とされるようになる。

逆収用訴訟においてゾーニング条例の合憲性が争われた *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City*, 473 U.S. 172 (1985) においては、原告の土地開発計画は<sup>(100)</sup> 拒けられても他の計画が許可される可能性がありいかなる開発が許されるかについて当局の最終判断がなされていないとして、訴訟の成熟性が否定されたのである。同様のことは同じくゾーニングが問題とされた *MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County*, 477 U.S. 340 (1986) においてもいわれている。住居分譲申請が拒否されたことのみをもつては規制がいか

に適用されるかに関しての規制当局の最終的かつ権威的判断がないとして、収用の成否や正当補償について裁判所



が判断することはできないとしたのであった。これが「最終判断要件」と呼ばれるものである。規制を行っている当局の最終判断がなければ当該規制法令が収用にあたるかどうかを判断することはできないというのであった。<sup>(10)</sup>

このように連邦最高裁は収用の成否についての判断をなるべく行わないようにしていたが、それが *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles* 以降、一変していく。この判決では訴訟の成熟性については触れる程度でとどめ、原審が一時的規制について逆収用訴訟を起こすことができないとして訴訟そのものを受け付けなかったことを問題にし、これを覆して原審に差し戻す判決を下した。ここでは逆収用訴訟という訴訟類型そのものが許されるかどうかという問題に対する判断をすればよいのであって成熟性について問題にする必要性はないというのである。これも州裁判所と連邦最高裁との権限の関係に関する問題ではあるが、*San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego* で示された、終局判決が必要であるという要件を限定したところには意義があった。

このような判断回避のテクニックを控える傾向はその後の建物建築の禁止が争われた *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) でも続く。ここでは原告が争っていることが過去の規制についてであることから成熟性が満たされているとされた。さらに、湿地帯規制が争われた *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency* においては最終判断要件についての限定を明確な形で表した。連邦最高裁は最終判断要件について、問題の土地がどのように利用されてもよいかについての決定にそれが適用されること、および、一般的な規制の厳格さを和らげる関係機関の高度な裁量に依拠していること、という二つの重要なポイントを示した。そしてその上で本件では利用についての決定があり、関係機関には別の利用についての許可を行う裁量がないとして収用の主張の成熟性が認められた。また海岸地域開発規制が争われた *Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD.*, 526 U.S. 687 (1999) では申請の度に当局が要件を追加的に課していたために、最終判断を避けるためにそのような不当な手続をとることは許されないとして、最終判断要件の「悪用」にストップをかけた。

そして湿地帯開発規制が争われた *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) において最終判断要件はさらに限定された。<sup>(10)</sup> 連邦最高裁はここで、最終判断要件は一般的規制を適用する関係機関が広汎に有する高度な裁量権を行使して、その規制の厳格さを和らげる機会を与えるために必要であるとして、最終判断要件の必要性そのものは強調する。しかし関係機関に開発許可の裁量がなかったり許可可能な利用合理的な程度に確かなれば収用の主張は成熟したものになるとして、最終判断要件を *Sutium v. Tahoe Regional Planning Agency* とほぼ同様の限定が適切であることを確認する。しかも本件においては規制が非常に明確かつ厳格なものであったことから、最終判断要件の目的である規制の程度の明確性は満たされており、成熟性を認めるのに申請の必要性すらもないとして最終判断要件を厳しく限定したのであった。このような限定はその後、一時的開発禁止が争われた *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002) におうても特に問題とはされなかった。

土地利用規制を収用であると主張した場合に実体的な問題を判断する前に、その収用の主張そのものが成熟している必要がある。収用の主張の成熟性に関して連邦最高裁は、最終判断要件を課すことによつて無限定に収用の主張を認めるわけではないものの、最終判断要件を相当厳しく限定して成熟性を認めることには積極的になっているということがいえる。

## ② 規制の収用法理における諸テスト

次に土地利用規制が収用となるかどうかの実体的な判断テストについて見ていく。これには公益性を考慮せずにカテゴリーカルに収用を認定するというアプローチと、公益性と個人の権利との利益衡量を行いながら収用の成否を認定するというアプローチとがある。この二つのアプローチを順番に採り上げていく。

## (1) カテゴリカル・アプローチ

## (a) 永久的物理的侵害

永久的物理的侵害を理由にカテゴリカルに収用を認定した代表的な判決は *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982) である。物理的侵害が永久的物理的占有にまで至っている場合には、本件では物理的な物における財産権である「それを占有し利用し処分する」権利のおおのが効果的に破壊されているとして収用を認定したのであった。ただ本判決はその射程が非常に狭いものであることも明言している (註11)。そのためか、まさに本件と全く同種の事案というものが後の連邦最高裁において判断されてはいない。しかし前節で行ったように、「諸権利の束」としての財産権のうちの本質的な一本を取り上げた場合の一環として本件を見るとそこに一定の流れを見ることができる。

諸権利の束としての財産権を問題にしてそのうちの単なる一本の糸strandを奪っただけでしかない場合には収用を認定しないとした *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979) は驚の死体の一部の販売禁止が争われた事例であった。また広い諸権利の束全体のうちの一部分のみを奪ったものであつて収用にあたらないとした *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987) は採掘禁止が争われた事例であった。

これに対して諸権利の束としての財産権の本質的な一本が奪われたとして収用が認定された *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164 (1979) は航行地役権が法律によつて設定されたことが争われたものであり、その本質的な一本は「他人を排除する権利」だとされている。また先の、アパート賃貸人にケーブルテレビ受信設備を極めて少額で設置させることの義務づけが争われた *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* においても諸権利の束としての財産権のうちで排除権がもつとも大切にされるべき糸strand だとして収用を認定している。さらに一定の土地の相続を認めずに被相続人所属の部族に土地が帰属することとしたことが争われた *Hodel v. Irving*, 481

U.S. 704 (1987) でも、諸権利の束の中でもっとも本質的な一本の破壊は収用にあたり、相続人へ特定の財産を譲り渡す権利はそういう重要な権利だとした。さらに住宅建替許可にあたつて当局による地役権設定が許可条件とされたことが争われた *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) および、店の拡張等にあたつて当局による地役権設定が許可条件とされたことが争われた *Dolan v. Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) において他人を排除する権利は諸権利の束の中でもっとも本質的な一本であると確認されている。

このように見ると諸権利の束としての財産権のうちの本質的な一本（あるいは重要な一本）が奪われたとされている事例は、永久的物理的侵害として収用を認定した *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* とほぼ同視できるほどのものであることがわかる。航行地役権設定や一定の土地の相続の禁止およびその土地の部族への帰属、地役権設定などはまさに、個々人が他者を自己の土地から排除することを禁止したものであり、永久的物理的侵害に近接したものであるといえる。

上記の流れで見ると、連邦最高裁は諸権利の束としての財産権のうちの本質的な一本（あるいは重要な一本）が奪われたと考えられれば収用を認定するという立場を、*Kaiser Aetna v. United States*; *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*; *Hodel v. Irving* において示しつつあるが、*Nollan v. California Coastal Commission* ではそこに例外があることを示している。連邦最高裁は許可条件が「正統な州の利益を実質的に促進」している場合には収用とはならないとしたのである。そして *Dolan v. Tigard* においてその関連性の程度について明確化し、「大まかな比例性」が必要であるとした。<sup>(10)</sup> このように *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* において非常に射程の狭いものと明言された永久的物理的侵害をカテゴリーカルに収用と認定するという永久的物理的侵害テストも、その射程が広げられ、収用の成否について一定の基準が明確化されたと見ることができた。

ところが連邦最高裁は、土地開発の許可条件を当局が徐々に厳しくして申請を却下し続けたために開発規制が収

用であるとして争われた *Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD.*, 526 U.S. 687 (1999) に「大まかな比例性」テストについては *Nollan v. California Coastal Commission* と *Dolan v. Tigard* のような地役権設定という事例を超えては適用しないとしたのである。

かくして *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* で示された永久的物理的侵害テストは、判決で明言された通り射程が非常に狭いものであるのか、諸権利の束としての財産権の本質的な一本が奪われた場合の一環として、地役権設定については「大まかな比例性」テストが妥当し、それ以外については「正統な州の利益の実質的促進」テストが用いられるのか、後の判例の展開を待つ必要があるというのが現状である。ただ少なくとも連邦最高裁が規制に対して比較的厳しい態度で臨む「大まかな比例性」テストの適用領域が限定されたことは確かであり、その意味においては永久的物理的侵害テストは非常に限定的に適用されるものと理解する必要がある。

#### (b) すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合

もう一つのカテゴリカルに収用が認定される場合として、規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」というのがある。これを典型的に示したのが住居建築の禁止が争われた *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) である。連邦最高裁は、権原それ自体すなわちニューサンスや州の財産法の背景的諸原則に本来備わっている制約である場合を除いては、規制がすべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定していればカテゴリカルに収用にあたるとした。

本判決後、重大な問題として提起されたのが「分母問題」であった。<sup>(104)</sup> 次のような事例設定によってこの問題がわかりやすく定式化されている。

次のような仮定を考えてみよう。二つの隣り合った財産がある。一つの区画は五エーカー（区画A）で隣の区画

は八〇エーカー（区画B）である。これら二つの隣接する区画は異なる個人（二人はお互いにかねる結びつきもない）によつて所有されている。X州が森林保持保護法を制定したとしよう。それは一五エーカーの地域の開発を効果的に禁止するもので、それ故に所有者はすべての経済的に有益な利用を否定される。……州法によつて保護された一五エーカーの地域は区画Aのすべてと区画Bの八〇エーカーのうちの一〇エーカーとに及んでいた。……規制は問題なく区画Aの収用の効果を持ち、その所有者は正当な補償を受ける権利がある。……規制が区画Bの収用の効果を持つかどうかの問題は答えることが難しい<sup>(10)</sup>。

このように一つの区画に含まれる土地の一部のみが規制されて利用不能となつた場合に、規制された部分だけを取り出してその部分について規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した」といえるかどうかを審査するのか、あるいは、規制された部分を含めて一つの区画の土地全体について規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した」といえるかどうかを審査するのかという問題が生じたのである。

もともとこの問題については、土地利用規制を収用として争うことが広く認められ始めたPenn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978)において答えが出ていた問題でもあった。この中で連邦最高裁は「全体として見る」ということを確認していたのである（at 130-132）。同様のことはKeystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987)でもいわれている。しかし前者は「空中権」が問題とされた事例であり、後者は支持財産と地表財産とを分けて支持財産すなわち「地下権」が問題とされた事例であつて一つの区画の土地そのものを分けて議論すべきかどうかという問題とは異なる。Lucas v. South Carolina Coastal Council<sup>(11)</sup>はまさにその点を問題にしたといえよう。その後、果たしてそのように一つの区画の土地そのものを分けて議論すべきなのか、さらにはそれを超えて様々な諸権利をそれぞれ分けて考えるべきなのかという「分母問題」が議論されるようになる<sup>(12)</sup>。

しかしその後、連邦最高裁は湿地帯の開発規制が争われた *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) において、*Lucas v. South Carolina Coastal Council* を意識しつつも、本件では土地を「全体として見る」というアプローチをとるべきであるとした。そしてそのように見ることで、規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」にはあてはまらず、カテゴリーカルに収用を認定することはできないとした。またその後の一時的な開発禁止が争われた *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002) では、「一時的」な開発禁止に際しては *Lucas v. South Carolina Coastal Council* の法理を採用しなうことを明言した。同様に一時的開発禁止が争われた *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987) において、一時的収用と永久的収用とは本質的に異ならないとしたにもかかわらず、*Id.*<sup>98</sup> *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* において連邦最高裁は、*First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles* の当該部分は救済の問題について逆収用訴訟のような金銭給付を求める訴訟が提起可能であるかどうかについての問題への解答であつて、収用の成否を判断する実体的なテストの問題の先例ではないというのである。

*Palazzolo v. Rhode Island* で問題とされた土地は原告によれば、規制によつて三二五万ドルから二〇万ドルまで価値が下がっており、仮に土地を「全体として見る」としてもこの場合に *Lucas v. South Carolina Coastal Council* の法理が採用されないことは衝撃的であつた。<sup>(97)</sup> また *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* において連邦最高裁が、一〇〇%でなく九五%の価値減少であれば *Lucas v. South Carolina Coastal Council* の法理が採用されなかったことも大きな衝撃であつた。<sup>(98)</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council* の示した、規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」にあれば収用となるという法理は、その射程を非常に厳しく限定されたと見ることが妥当であらう。<sup>(99)(100)</sup>

## (2) 利益衡量的アプローチ

カテゴリーカルに収用であることが認定されなければ利益衡量的アプローチがとられることになる。<sup>(11)</sup> このアプローチでは *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) で示された収用三要素テストによって、個別具体的かつ事実集約的に審査されることになる。すなわち、① 経済的インパクト ② 合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度 ③ 政府行為の性質、の三つの要素を個別具体的に事実に基づいて審査していくことになる。

これらの中で②の合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度について、*Palazzo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001) において法廷意見に賛同した裁判官オコナーとスカリアとの間で激しい議論の応酬があった。オコナーの、財産所得が規制後であったことをもって「合理的な投資に裏付けられた期待」の判断の考慮要素とすべきであるという補足意見に対してスカリア補足意見は、オコナーの意見は不当な規制を行った政府という泥棒に盗みを許すようなものであるというのである。<sup>(12)</sup> 反対意見を執筆した四人の裁判官はオコナーの補足意見に同意すること<sup>(13)</sup>を表明しており、オコナーの主張は連邦最高裁の過半数である五人の支持を得ている見解となっている。<sup>(14)</sup> この要素が明確化されたとは言いがたいが規制と財産取得のタイミングとが収用の成否の判断に絡んでくる可能性は高まったといえよう。財産所得が規制後であれば収用が認められにくくなるということでは収用の認定に連邦最高裁が消極的に動く可能性が高いということになろう。

## ③ 小 括

以上の連邦最高裁の動向を概観した限りでは、まず土地利用規制を収用であるとして争う訴訟を認めることに積極的になってきているといえる。違憲宣言判決を求める訴訟や違憲無効訴訟だけでなく、金銭的な救済を求める逆



収用訴訟や憲法的不法行為訴訟である一九八三訴訟の提起も広く認めている。規制の収用や一時的な規制による収用の主張に対して逆収用訴訟の利用に消極的であったスティーンズも<sup>(15)</sup> Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002) で法廷意見を執筆し、一時的開発規制に対する収用の主張を一九八三訴訟の下で問題なく認めた。以上のことから連邦最高裁は土地利用規制が収用にあたるとして訴訟を提起すること自体には非常に積極的になってきているといえよう。

次に訴訟の提起および様々な救済の可能性を認めるとして、実際に争われた規制を収用として認定するかどうかという問題がある。カテゴリカル・アプローチのうちの永久的物理的侵害テストはもともとからの射程が非常に狭いものであるといえる。この重種ともいえる諸権利の束としての財産権の本質的一本を奪った場合についても、地役権設定という非常に限られた場合にのみ「正統な州の利益を実質的に促進」し、その関連性の程度として「大まかな比例性」が要求されるということになる。その他の場合については連邦最高裁は今のところ判断をしてはいないが、「本質的な一本」と認定されるためには先例を見る限りでは相当重要な権利である必要がある。そのことからすれば諸権利の束としての財産権のうちの「本質的な一本」と認定されるのは非常に狭い範囲に限られることになる。

カテゴリカル・アプローチのもう一つとして、規制が「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定した場合」にあたるかどうかという審査もある。これについては Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606 (2001) および Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency でのテストを厳しく限定している。以上のことからいって今後の土地利用規制を収用として争う訴訟では利益衡量的アプローチの果たす役割は非常に大きなものとなる可能性が高い。<sup>(16)</sup> もっとも、連邦最高裁が Lucas v. South Carolina Coastal Council の法理をそれほど厳しく限定したと断言できるわけではない。そもそも Palazzolo v. Rhode Island は規制後に土地を取得した者

が規制を収用であるとして争った訴訟であり、この点で事案の特殊性が認められる。また *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* においては、<sup>(18)</sup> 法廷意見は開発禁止期間を三二カ月として審査したが反対意見はこれを六年としていて大きな開きがある。また本件が風光明媚で非常に有名なタホ湖に関する環境問題であつたという特殊事情もある。<sup>(19)</sup> 土地利用規制における収用の成否の判断において、利益衡量的アプローチが使われるかどうかはカテゴリカル・アプローチが使われるかどうかで決まってくるといえ、今後の連邦最高裁の動きに注目する必要がある。

利益衡量的アプローチはもともと収用の認定がなされにくいアプローチであるといえる。<sup>(19)</sup> さらに財産所得が規制後であつた場合にはそれが収用の成立に消極的に考慮される可能性が高いことからして、このアプローチで収用が認定されることはますます困難となつてきていると考えられよう。しかし利益衡量的アプローチは個別具体的かつ事実集約的な検討を行うものである。これは *Palazzo v. Rhode Island* において同意意見を執筆した裁判官コナーによつて述べられ、*Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* の法廷意見でも繰り返し強調されている。土地利用規制を収用として争う訴訟を広く認める姿勢と併せて考えると連邦最高裁は、土地利用規制に関する収用の成否については個別具体的かつ事実集約的な検討を行つてきめ細かく判断していくべきだと考えていると見る事ができるのではないだろうか。<sup>(20)</sup>

## むすびにかえて

以上、二〇世紀以降、現在に至るまでの土地利用規制における規制的収用法理がどのような展開をしてきたかについて概観し、その意義を検討した。本稿が描いた二〇世紀以降の土地利用規制の歴史を見れば財産権規制をめぐる

る問題がいかに複雑化してきているか、いかに様々な規制が出てきているかは理解できるはずである。<sup>(12)</sup> 現在において連邦最高裁内部の裁判官の構成のみでこの問題を読み解くことには無理があることがわかる。

現在の連邦最高裁は土地利用規制における規制的収用法理について裁判所が解決すべき問題であると捉え、様々な類型の訴訟を認めるとともにカテゴリカルに収用が認められる場合を否定するわけではないもののそれを限定的に解し、個別具体的かつ事実集約的な検討を機軸に据えて、下級審による判例の蓄積を見守っている段階であると<sup>(13)</sup>える。Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606 (2001) でオコナーが述べ、Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002) で繰り返し強調された「正義と公正に基づいた投資に裏付けられた期待に関する審査は」いかなる『公式』にも減じられ得ない。いずれかの方向に向かう *per se* ルールを採用する誘惑に耐えなければならない」(「)内、筆者) という言葉からこのような良識ある態度を読み取ることが可能であろう。

利益衡量的アプローチが有力になりつつあるように見えるものの、カテゴリカル・アプローチが捨て去られていくわけではない。土地利用規制における規制的収用法理は今なお発展途上にある。個人の財産権と政府規制という終わりのない争いの中で、裁判所がどこまでを保護しどこから先を議会による保護に委ねるのか<sup>(14)</sup>についての連邦最高裁の判断がどのようなものであるのかに対する確定的な評価のためには、今しばらく判例の推移を見守る必要がある。<sup>(15)</sup>

## 注

(1) 拙稿「アメリカ建国期における『公用収用』制度の成立とその意義——『議会による収用』原則の確立と『正当補償』要件の憲法下に照らして」阪大法学五〇巻二号三二五頁(二〇〇〇年)。

(2) 拙稿「一九世紀アメリカにおける財産権観の変遷——規制的収用法理の淵源を探る——」阪大法学五一巻二号四六七頁、四八

一一四八四頁(二〇〇一年)。田中英夫「アメリカ法における競争社会の到来——Charles River Bridge Case——」田中編代『英米法の諸相』八三頁(東京大学出版会、一九八〇年)もまたその指摘と一致する。またM. J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780—1860, 31 (1977)も参照。

(3) 拙稿・前掲注(2)四八四—四八八頁。M. J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870—1960, 148 (1992)も参照。

(4) 財産権は決して土地だけの問題ではない。しかしやはり土地は不動産の典型でもあり非常に論争的になりやすい。そこで本稿では土地利用規制に限定して議論を見ていきたい。もちろん土地以外にも重要な財産権はある。それについての紹介はまた別の機会を持ちたいと思う。

(5) この点については異なる視点からではあるが拙稿・前掲注(2)四七五—四八一頁でも概観している。

(6) 水車法については土屋正春「一九世紀アメリカ水車法——その基本問題——」法学研究二〇巻一・二号一六五頁(一九八五年)が詳しい。またComment, *The Public Use Limitation on Eminent Domain: An Advance Requiem*, 58 YALE L.J. 599, 605 (1949)も参照。

(7) 実際、水車法の問題に限定することなくダム建設とは別の理由での冠水における事例が問題となったときにも下級審はさらにこの先例を発展させていった。Eaton v. Boston, Concord & Montreal R.R., 51 N.H. 504 (1872) および Thompson v. Androscoggin River Improvement Co., 54 N.H. 545 (1874) 参照。またこの議論の反対の側面として物理的な利用妨害を超えた事例(工事による建物へのアクセス妨害)である Transportation Co. v. City of Chicago, 99 U.S. 635 (1878) では補償が否定されている。

(8) P. S. JAMES, INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, 399—402 (12th ed., 1989); R. R. WRIGHT & M. GITELMAN, LAND USE, 16—17 (4ed., 2000)。

(9) E. FREUND, THE POLICE POWER, PUBLIC POLICY AND CONSTITUTIONAL RIGHTS, 546—547 (1904)。

(10) Reiman v. City of Little Rock, 237 U.S. 171 (1915) を Northwestern Laundry v. City of Des Moines, 239 U.S. 486 (1915) などがこれにあたる。これらについては寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障(一)」法学協会雑誌一〇〇巻二号二七〇頁、二九八頁(一九八三年)参照(以後、寺尾「土地利用計画」と引用)。

(11) 学制制度を義務づけたことが争われた Interstate Consolidated Street Railway Co. v. Commonwealth of Massachusetts, 207 U.S. 79 (1907) や波止場をつくる権利に対して法律改正で一定場所についてその権利が否定される結果となったことが争われた Hudson County Water Co. v. McCarter, 209 U.S. 349 (1908) などです。この「課せられた負担の大きさ」が問題であることが指摘さ

れ、「もしポリスパワーが普通の建物をほとんど役に立たないようにするぐらいにその高さを制限しようとするれば……そのような制限をつくるには補償が必要であり、公用収用権限が必要なのである」として制限の程度が一定のものを超えれば収用となるという考え方が示されていた。

- (12) 本件について詳しい解説は寺尾「土地利用計画(一)」前掲注(10)三二五頁以降。
- (13) ここではスギの除去費用については補償がなされていたがスギ林の価値減少やスギ自体に対する補償がなされていなかった。
- (14) 寺尾「土地利用計画(三)」(前掲注(10))法学教会雑誌一〇一卷一号六四頁、八九頁(一九八四年)。
- (15) 拙稿・前掲注(2)四八四—四八八頁。
- (16) このテストについて R. Katovil & F. J. Harrison, Jr., *Eminent Domain—Policy and Concept*, 42 CAL. L. REV. 596, 599–600 (1954) によれば「土地における property はその土地の利益享受を可能とする一群の諸権利で構成されている」と単純化して説明されている。また W. B. Stoebuck, *A General Theory of Eminent Domain*, 47 WASHINGTON L. REV. 553, 601 (1972) も参照。
- (17) M. L. ベネディクト『アメリカ憲法史』(常本照樹訳、北海道大学図書刊行会、一九九四年)。
- (18) 拙稿・前掲注(2)四八五頁。
- (19) 寺尾「土地利用計画(三)」前掲注(14)九〇頁。
- (20) 以上 F. L. Michelman, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 HARV. L. REV. 1165, 1184–1190 (1967); J. L. Sax, *Taking and the Police Power*, 74 YALE L.J. 36, 46–48 (1964).
- (21) *Id.*, at 1227–1228.
- (22) FREUND, *supra* note 9, at 546–547.
- (23) A. Dunham, *A Legal and Economic Basis for City Planning*, 58 COLUMBIA L. REV. 650, 663–669 (1958).
- (24) Michelman, *supra* note 20, at 1197–1220.
- (25) Dunham, *supra* note 23, at 666–667 (1958).
- (26) 日本でも米沢広一「土地使用権の規制(一)——財産権とポリス・パワー——」法学論叢一〇七巻四号二六頁、三八—四三頁(一九八〇年)がこのテストの支持可能性を示唆している。また規制的取用法理の日本版である「特別の犠牲」説の中にもこの要素はあるといえる。その他、連邦最高裁が判例の検討の中で「容認しがたい侵害を社会に加えている」ものを「有害」なものと認定したことなどを支持しつつ有害な利用テストを維持しようという見解として L. M. Heymann & T. K. Gilhool, *The Constitutionality of Imposing Increased Community Costs on New Suburban Residents through Subdivision Exactions*, 73 YALE L.J. 1119, 1128

(1964) などがある。また、*Sax, supra note 20*, at 59 の提唱する「企業／仲裁」テストは有害な利用テストを修正してより適切なテストとして示さうとしたものだといえよう。

- (27) *Michelman, supra note 20*, at 1197-1198.
- (28) *Id.*, at 1198-1201.
- (29) 寺尾「土地利用計画(三)」前掲注(14)九四頁。
- (30) *Developments in the Law-Zoning*, 91 HARV. L. REV. 1427, 1479-1480 (1978).
- (31) *Michelman, supra note 20*, at 1191.
- (32) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* において反対意見を書いた裁判官ブランドアイスは土地そのものの価値減少を問題としていた。
- (33) *Michelman, supra note 20*, at 1192-1193.
- (34) *Comment, The Limited Impact of Lucas v. South Carolina Coastal Council on Massachusetts Regulatory Takings Jurisprudence*, 25 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 431 (1998) は後に触れる *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) の問題が現代において蒸し返されてきたと論じている。分母問題についてはまた詳細な検討を行う機会を持ちたい。
- (35) 米沢・前掲注(26)四五-四六頁はこれを規制的収用法理の「冬の時代」と表現している。
- (36) アッカーマンの予言は的中した。B. A. ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION, 3 (1977) 参照。
- (37) 第一審では原告の主張が認められたが控訴審で覆り州最高裁もこれを支持したことから原告が連邦最高裁に上訴したものである。当時はまだ権利上訴 *appeal* が認められていた。現在ではこの制度は廃止され、すべて裁量上訴 *certiorari* となっており、連邦最高裁への上訴は州最高裁からのものでも連邦控訴裁からのものでも、それを受け付けるかどうかは連邦最高裁の完全な裁量になっている。
- (38) いわゆる「移転しうる開発権」といわれ TDR と略される。
- (39) ここで採鉱の禁止と埋め直し義務の合憲性が争われた。
- (40) 価値がどれほど変わったかが収用かどうかを考える上で決定的ではないが関連が深いという点が引かれている。
- (41) *United States v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946) では航空騒音による土地利用の侵害が争われ連邦請求裁判所が補償を命じたことについて連邦最高裁は、空港が原因とした不便については通常は修正五条の下での補償を受けられないとし、また最終的には事実認定不足のために破棄差戻としたものの、原則として上空は公有地 *public domain* であり土地の利用や享受に直接的かつ即時

的に干渉するほどにあまりに低くかつ頻繁に飛行がなされていない限りは収用とはいえないが、頻繁に低く飛行が行われたために土地の価値が減少し土地は奴隷状態におかれているとしたことについては請求裁判所に同意するとしていた。この事件で連邦最高裁は事実上、一定の航空機騒音などのような侵害について収用が成立しうることを認めたと考えられ、上空への権利が認められたと考えることも可能であった。本件について、野村好弘「航空機騒音」加藤一郎編『外国の公害法(上)』一三七頁、一四七頁以下(岩波書店、一九七八年)、宇賀克也「賠償と補償——航空機騒音訴訟を中心として——」ジュリスト八六六号二〇頁、二二頁(一九八九年)参照。

(42) レンキストは反対意見で reciprocity (相互性)「互惠主義」と訳されよう」という言葉でこれを表している。

(43) 本件について詳しい解説を行ったものとして、高橋一修「アメリカにおける都市環境の保護と財産権——グランド・セントラル・ターミナル判決(1978)の法と背景——」田中編代『英米法の諸相』前掲注(2)三三九頁がある。また由喜門貞治「アメリカの土地利用規制と損失補償(一)——合衆国最高裁判例に基づく日米比較——」民商法雑誌一〇七巻三三四〇四頁(一九九二年)も詳しい解説を施している(以下由喜門「土地利用規制」と引用)。

(44) この「諸権利の束」としての財産権観は United States v. Virginia Electric & Power Co. 365 U.S. 624 (1961) の同意意見を書いた裁判官ダグラスによって触れられ Andrus v. Allard, 444 U.S. 51, 66 (1979) ではその中の二本のより糸 strand を奪うことは収用ではないとされた。「諸権利の束」的財産権観の成立については拙稿・前掲注(2)参照。

(45) Agins v. Tiburon, 24 Cal. 3d 266, 598 P.2d 25 (1978)。

(46) ここで連邦最高裁は逆収用訴訟の可否については救済の問題であるから本案審理で収用が否定されている以上は議論をする必要はないとしてこの問題に結論を出すことを回避していた。

(47) この反対意見を支持するものとして田中英夫「Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982)——他人の所有する物の一部を恒久的に物理的に占拠することは、たとえそれによる損害が微小であり、その根拠となっている法律が police power の適正な行使と認められる場合でも、収用に当たり、従って、ニュー・ヨーク州法により所有者の同意なしに優先テレビ用の施設を設置した会社は、所有者に正当な補償を支払わなければならない」一九八四——「アメリカ法」一四〇頁。一四六頁以下を参照。

(48) 実際、本稿が後に積極主義期として位置づけている期間に下された判決で、可動式住居の所有者保護のためにその住居設置場所の所有者の権利を制限した Yee v. City of Escondido, 503 U.S. 519 (1992) において、本判決の先例の範囲には入らないとされている。もつとも、この判決は本判決の先例には入らないという原審の判断を認容したのみであって、これをもってして消極主

義的判決だといえるわけではない。

- (49) 後に触れる一九八三訴訟による場合も同様とされた。
- (50) 規制の収用と逆収用の問題については飯田裕「土地利用規制と逆収用——規制の収用に對する司法的救済をめぐって——」法学新報九八巻三・四号一五五頁、一九六頁以下（一九九一年）参照。
- (51) 前述したようにこのテストは実体的デュープロセス理論の復活にも見える。そこで収用が認定され違憲判決が出たことの意義は大きいと見るべきであつたと思われる。実体的デュープロセス理論との類似性への指摘とその検討をしたものとして、田島裕「First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987); Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987)——土地の利用規制によりその価値が減少したときに正当な補償を請求することができるか」一九九〇—「アメリカ法」三四六頁参照。また兩判決についての解説として、米沢広一「土地使用規制に関する二判決——First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 107 S. Ct. 2378 (1987); Nollan v. California Coastal Commission, 107 S. Ct. 3141 (1987)」判例タイムズ六七号四七頁（一九八七年）がある。
- (52) この問題についてはその後の展開も含めて、下村誠「損失補償要否基準における『経済的に有益な利用 (economically beneficial use)』概念に関する一考察——アメリカの土地利用規制に関する裁判例を中心として——」関西大学法学論集五三巻三号八二頁（二〇〇三年）が詳しく論じている。
- (53) 本判決をめぐっては55 STAN. L. REV. 1369—1455 (1993) で特集が組まれている。
- (54) 本件は一九八三訴訟であり、後にあげた Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, LTD., 526 U.S. 687 (1999) においても、本来の収用の成否において議論されるべき問題点以外のことも問題とされうる訴訟である。収用の成否についての問題を一九八三訴訟で争う場合の問題については寺尾他「座談会」後掲注(57)参照。
- (55) 詳細な事案の概要は次節に譲る。
- (56) 本件は逆収用訴訟ではなく、いわゆる公民権法一九八三条に基づく憲法的不法行為訴訟であつた。
- (57) ただ本件が逆収用訴訟による正当な補償の支払いを要求したのではなく、公民権法一九八三条に基づく訴訟であつたことは特殊事情であるといえる。本件でもつとも議論となつたのは土地利用規制における規制の収用法理の中身そのものではなく、訴訟手続として陪審員による評決を認めることが妥当かどうかという点であつた。この点の議論については、浅香吉幹・紙谷雅子・酒巻匡・寺尾美子・戸松秀典・松井茂記・丸山英二「合衆国最高裁判所一九九九—二〇〇〇年開廷期重要判例概観（座談会）」二〇〇〇—「アメリカ法」一頁、二〇—二二頁の寺尾による説明を参照のこと。



- (58) 本件について詳しい解説は拙稿「逆取用訴訟及び規制的取用と二つのタイミング」阪大法学五二巻二二三頁(二〇〇二年)を参照されたい。
- (59) しかもこの論点について明示的に反論したのはスカリア一人だけであり、法廷意見を執筆支持した三人の裁判官は沈黙している。
- (60) 法廷意見によると三二カ月の開発禁止の継続であったが反対意見では六年とされている。このモラトリアム期間の計算方法の違いも興味深いところであるがここでは触れない。
- (61) *Palazzolo v. Rhode Island*以降、連邦最高裁が消極主義的になるであろうことを予測したものと比べ *M. C. Blumm, Palazzolo and the Decline of Justice Scalia's Categorical Takings Doctrine*, 30 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 137 (2002) 参照。
- (62) いうまでもなく彼は女性の妊娠中絶の権利を実体的デュープロセス理論の下で認めた *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) の法廷意見を書いた裁判官である。
- (63) 但しこの間、リベラル派裁判官であるホワイとパウエルは微妙な動きを見せている。
- (64) とはいえ彼は末期にはそれほど超リベラル派であったとはいえないかもしれない。この点については安藤圭介「州憲法の現代的意義(二)——ウオーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方——」法学協会雑誌一二〇巻六号一一六〇頁、一一八——一一八三頁(二〇〇三年)を参照。
- (65) 彼はかの有名な人種別学訴訟 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) において「分離すれども平等」理論の不当性を訴えた原告側の弁護士であった。
- (66) しかしながらこの三人の中で堅い保守派裁判官として現在まで続いているのはトーマスだけである。ケネディは保守派とはいえずオコナーとともに中道路線を取り、スターはリベラル化している。
- (67) 執筆した裁判官はスカリアである。
- (68) *Lucas v. South Carolina Coastal Council*で法廷意見を執筆したスカリアもこれには何の反応も示さなかった。
- (69) オコナーの意見にリベラル派の四裁判官が同調したといった方が正確であろう。この点については拙稿・前掲注(58)三四七—三四八頁を参照。
- (70) そもそも *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) において取用を認定する法廷意見を執筆した裁判官ホーモスは社会経済規制に対して従来、非常に許容的な姿勢を示していたし、その後もそうであった。
- (71) もつとも、これには有力な反対意見が付されていることは注(47)で触れた通りである。アパートに火災の場合の避難装置やボ

ストなどの設置を義務づけた法律が収用でないことは明らかであり、問題のケーブルテレビ受信設備もこれをもってアパートの価値を高めるはずのものであるというのである。田中英夫もこの点について同様の意見を示しており、問題の設備の設置をアパート所有者自らに義務づけるのが収用ではなく、ケーブルテレビ会社による設置の容認が収用であるという議論の一貫性のなさを指摘している。田中・前掲注(47)一四六頁。

(72) D. A. DANA & T. W. MERRILL, PROPERTY: TAKING, 96 (2002) は Nollan v. California Coastal Commission のような事例を連邦最高裁は永久的物理的侵害と同視したとしている。同様に下村・前掲注(52)五六九頁がこの位置づけで分類している。

(73) このような分類がもっとも適切なものであるかどうかは難しい問題である。Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982) では「公益性」の判断をすることなくカテゴリーカルに収用といえる場合を示したことからすると Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987) と Dolan v. Tigard, 512 U.S. 374 (1994) は明らかに「正統な州の利益」という公益性の判断に踏み込んでゐるといえるからである。とはいえこの「正統な州の利益を實質的に促進しているかどうか」というテストは「もともと Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255 (1980) において示されたものであり、土地利用規制を補償のない収用だとして争う道を開いた Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978) で示された利益衡量的アプローチで用いられる収用三要素のうちの二番目の要素すなわち「合理的な投資に裏付けられた期待への實質的な干渉の程度」と同視するという見解もある。由喜門「土地利用規制(二)」(前掲注(43))民商法雑誌一〇七巻四・五号六九二頁、六九四頁(一九九三年)は少なくとも Agins v. Tiburon の示した限りではこのテストをそのように捉えている。諸権利の束としての財産権の本質的な一本を奪うかどうかというテストは規制の経済的影響に着目した議論であるといえ(由喜門「土地利用規制(二)」前掲注(43)四二四―四二八頁)、その意味で出自においてはカテゴリーカル・アプローチと利益衡量的アプローチの中間的なものであったともいえる。諸権利の束の本質的な一本に着目した Hotel v. Irving, 481 U.S. 704 (1987) もそのような中間的なものであったと考えることができよう。その後の展開において本稿のようにカテゴリーカル・アプローチの一つの類型として理解し直すことはそれほど大きく的是をはずしたのではないと思われる。

(74) この「諸権利の束」的な財産権観そのものは二〇世紀前期にはもう生まれていたと見ることができる。これについては拙稿・前掲注(二)四八四―四八八頁参照。

(75) 由喜門「土地利用規制(二)」前掲注(73)七二二頁は Nollan v. California Coastal Commission に関して Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. で示した「永久的物理的侵害」の範疇を拡大するとともにこの範疇での収用不成立の可能性を認めたものと解している。

- (76) 価値減少が取用の成否に関連があること自体は肯定されている。
- (77) 本判決はそれまでの取用の成否に関する議論をいったんリセットしたものであったということは前章で述べたが、「冬の時代」において学説が二〇世紀前期までの判例を詳細に検討したことが本判決を生み出したともいえる。とりわけマイクルマン論文の果たした役割は大きかったといえよう。取用三要素のうちの「合理的な投資に裏付けられた期待への実質的な干渉の程度」は明らかに彼の「価値減少」テストの検討で述べられた「明確な投資に裏付けられた期待」からきている。
- (78) R. MELTZ, D. MERRIAM & R. FRANK, TAKINGS ISSUE: CONSTITUTIONAL LIMITS ON LAND-USE CONTROL AND ENVIRONMENTAL REGULATION, 133-135 (1999).
- (79) WRIGHT & GITELMAN, *supra* note 8, at 95.
- (80) この後あげる判決の事案や判旨については第一章および第二章を参照。
- (81) *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1871).
- (82) *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887); *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915).
- (83) *Reinman v. City of Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915); *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926).
- (84) ノーメンズの違憲性が認められたた *Nectow v. City of Cambridge*, 277 U.S. 183 (1928) がこの例としてあげられる。
- (85) *Goldblatt v. Town of Hempstead*, 369 U.S. 590 (1962).
- (86) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).
- (87) *Note, Compensation for Regulatory Takings: Finality of Local Decisionmaking and the Measure of Compensation*, 63 IND. L.J. 649, 656-657 (1988).
- (88) *Aguin v. Tiburon*, *supra* note 45.
- (89) 逆取用訴訟については拙稿・前掲注(58)三三四-三三七頁、特に三三五-三三六頁の解説を参照してもらいたい。
- (90) 当時はバーガーが長官であった。
- (91) *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987) & *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704 (1987); *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) がこの例としてあげられる。また *Dolan v. Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) も規制が取用であることを理由に当該規制の適用除外措置を求めている。
- (92) 合衆国憲法修正 一 一条。
- (93) 寺尾「土地利用計画(三)」前掲注(14)一〇六頁。

- (94) 飛行機の低空飛行によって被害を受けた土地所有者の権利が争われた *United States v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946) など。の例といえる。D. Mandelker, *Inverse Condemnation: The Constitutional Limits of Public Responsibility*, 1966 WIS. L. REV. 3, 57 (1966).
- 宇賀克也「アメリカ国家責任法の分析」法学協会雑誌一〇三巻九号一六七九頁、一六八三頁以下（一九八六年）も参考。
- (95) *Agins v. Tiburon*, *supra* note 45.
- (96) これについては松井茂記『アメリカ憲法入門（第五版）』一三九頁（有斐閣、二〇〇四年）を参照。
- (97) 一九八三訴訟についての展開については、藤井樹也「Civil Rights Actsの一断面（一―五・完）——§一九八三訴訟を中心に——」三重大学法経論叢一五巻一号二一頁、一六巻一号三九頁、同二号五三頁、一七巻一号九三頁、一八巻一号六五頁（一九九七―二〇〇〇年）を参照。土地利用規制に関する一九八三訴訟の利用については、P. W. SALSICH, JR. & T. J. TRYNIECKI, *LAND USE REGULATION: A LEGAL ANALYSIS & PRACTICAL APPLICATION OF LAND USE LAW*, 102-104 (2d ed. 2003) を参照。
- (98) 同意意見を執筆した裁判官スカリアは一九八三訴訟の下でも一般的に陪審による審理が認められるとした。
- (99) その他、法律による補償請求を認めたタッカー法もあり、これによっても救済は可能である。これについては飯田・前掲注(50)一八六―一九一頁参照。
- (100) 要するに、財産が規制されている程度がどれほどかが不明であるということであろう。
- (101) 逆取用訴訟などの金銭的救済を求める訴訟においては最終的にいくらの補償がなされるべきかという問題があり、規制によって財産権がどの程度制約されたかについて明らかにしていなければならないという連邦最高裁の主張は首肯できよう。
- (102) 明確化されたといった方が正確かもしれない。この点については拙稿・前掲注(58)三三八―三三九頁、三四四―三四五頁を参照。
- (103) *DANA & MERRILL*, *supra* note 72, at 210-227.
- (104) *Comment*, *supra* note 34, at 480.
- (105) 本文で M. R. Lisker, *Regulatory Takings and the Denominator Problem*, 27 RUTGERS L.J. 663, 664 (1996) に示された例を簡略化してある。
- (106) 本稿はどのように考えるべきかを議論しない。本稿の目的は連邦最高裁の現在の姿がどのようなものかを示すところにある。この問題については下村・前掲注(52)が考察を加えているのでそちらを参照してほしい。
- (107) F. P. Hubbard, *Palazzo, Lucas, and Penn Central: The Need for Pragmatism, Symbolism, and Ad Hoc Balancing*, 80 NEB. L. REV. 465 (2001).

- (108) 前掲注(53)の特集で出された論文の一つである R. A. Epstein, *Lucas v. South Carolina Coastal Council: A Tangled Web of Expectations*, 45 STAN. L. REV. 1369 (1993) が、*Lucas v. South Carolina Coastal Council* が与えられた当初の「さうまで愚かな立法ならあり得ない」として懸念していたことが現実化したとあらわす。
- (109) Blumm, *supra* note 61, 94 CALIF. M. W. CORDES, *The Effect of Palazzolo v. Rhode Island on Takings and Environmental Land Use Regulation*, 43 SANTA CLARA L. REV. 337 (2003) 参照。
- (110) 分母問題について M. J. Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, 86 COLUM. L. REV. 1667, 1678 (1988) がいう概念的分離 (この概念はまさに「諸権利の束」としての財産権の一本一本を問題とする分離といえよう) までも支持するかどうかは別として、*Palazzolo v. Rhode Island* を *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* のように「区画の土地につき」規制されている部分を合わせてひとまとまりとして土地を「全体として見」て価値減少の程度を計った上でその価値減少の程度に応じて収用の成否を判断することが適切であるのか、それとも、規制されている部分だけを取り出して規制がその部分の「すべての経済的に有益で生産的な土地利用を否定し」ておりカテゴリーカルに収用といえる規制であるかどうかを判断することが適切であるのかは、非常に難しい問題である。寺尾美子「アメリカ法における『正当な』補償と開発利益——アメリカ法における the public の一考察資料として——」法学協会雑誌一一二卷一一号一五〇三頁(一九九五年)によれば、アメリカでは土地の一部が収用され残地において価値上昇が生じた場合に補償額の決定の際、その残地の価値上昇分と収用で生じた損失分とを相殺することが一般的であり、それこそが修正五条の精神に適うものであるとされている。規制的収用法理における分母問題は、この寺尾が考察している部分収用に関する議論と本稿が扱っている規制的収用に関する議論とが重なり合うやつかいな問題なのである。アメリカの部分収用に関する議論を前提にすれば連邦最高裁が土地を「全体として見る」というアプローチを採用して規制によって土地全体に生じた効果でもって収用の成否を判断すべきとしていることもそれほど奇異なことではない。もともと、そのようなアプローチが論理必然に導かれるとまでいうことはできないであろう。規制された部分のみを分離してその損失については必ず補償を行うことを前提に、補償額決定の際に、規制されずに残された部分が規制によって価値上昇が生じていた場合に価値上昇分と損失分とを相殺して最終的に補償額ゼロとなることがあり得ると考えて、収用の成否と補償が実際になされなければならないかどうかとを分けて考えるというアプローチもあり得る。エプスタインの見解は収用の成否と実際の補償の要否とを分けて考えるべきことを主張する見解であると理解することができよう。
- R. A. EPSTEIN, *TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN*, 61-62 (pap. 1989).
- (111) DANA & MERRILL, *supra* note 72, at 110-120 はカテゴリーカルに「収用でない」と認定できる場合について解説を加えているが

ううではそれには触れない。

- (112) WRIGHT & GITTELMAN, *supra* note 8, at 95.
- (113) この論争については拙稿・前掲注(8)三四一―三四三頁を参照。
- (114) ED. BY T. E. ROBERTS, TAKING SIDES ON TAKINGS ISSUES: PUBLIC AND PRIVATE PERSPECTIVES, 47-49 (written by G. M. Stein, 2001).
- (115) First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987) における彼の反対意見などを参照。
- (116) Blumm, *supra* note 61. なお、このような動きに好意的な学説として J. W. Stemple, *Take It or Leave It: The Supreme Court's Regulatory Takings Jurisprudence After Tahoe-Sierra*, 28 WM. & MARY ENVTL. L. & POL'Y REV. 163 (2003) などがある。
- (117) このような特殊事情からいつて一時的な開発禁止が取用であるかどうかについて本判決が一定の確固たる基準を提示している、とまでは速断できない。この判断は、どこまでも個別具体的かつ事実集約的な審査に基づくものであり、以後、先例としてそれだけの意味を持つかは未知数なのである。Comment, *Penn Central to Palazzolo: Regulatory Takings Decisions and Their Implications for the Future of Environmental Regulation*, 15 TUL. ENVTL. L.J. 383, 405 (2002).
- (118) 浅香吉幹・芹澤英明・阿部圭介・戸松秀典・酒巻匡・松井茂記・寺尾美子(司会)「合衆国最高裁判所二〇〇一―二〇〇二年開延期重要判例概観(座談会)」二〇〇二―二〇〇三『アメリカ法』二二四頁、二六二―二六四頁(寺尾)がタホ湖であることが特殊事情足りうることを示唆している。
- (119) 但し、土地利用規制の分野ではないが、*Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998) では適用違憲の判決が下されている。
- (120) Essay, *Celebrating Tahoe-Sierra*, 33 ENVTL. L. 1 (2003) 46『Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency』は下級審にケース・バイ・ケースの判断を許すものとして歓迎せられてゐる。
- (121) 環境保護とつた新しい問題も影響を与えてゐる、と主張する。J. S. Buring, *Private Property Rights and the Environment after Palazzolo*, 30 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 1 (2002) を参照。
- (122) このような意味において連邦最高裁は『*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)』の轍を踏むことなく、今後も土地利用規制における規制的取用法理という理論の下で経済規制に対してまったく手出しをしない裁判所のあり方を目指しているわけではないことが読み取れよう。拙稿・前掲注(58)三五〇頁参照。
- (123) W. A. Faik & A. C. Shimko, *The "Taking" Nexus—The Supreme Court Chooses a New Direction in Land-Use Planning: A View from*

*California*, 39 HASTINGS L.J. 359 (1988).

(124) この点を非常に強く意識的に考察してゐるものとして、C. R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (2001) があげられよう。

(125) 本稿と同じく、土地利用規制における規制的取用法理についての連邦最高裁の姿勢がどのようなものであるかについては未だに開かれた問題であるとしてゐるものに、Note, *After Tahoe Sierra, One Thing Is Clearer: There Is Still a Fundamental Lack of Clarity*, 46 ARIZ. L. REV. 353 (2004) などがある。